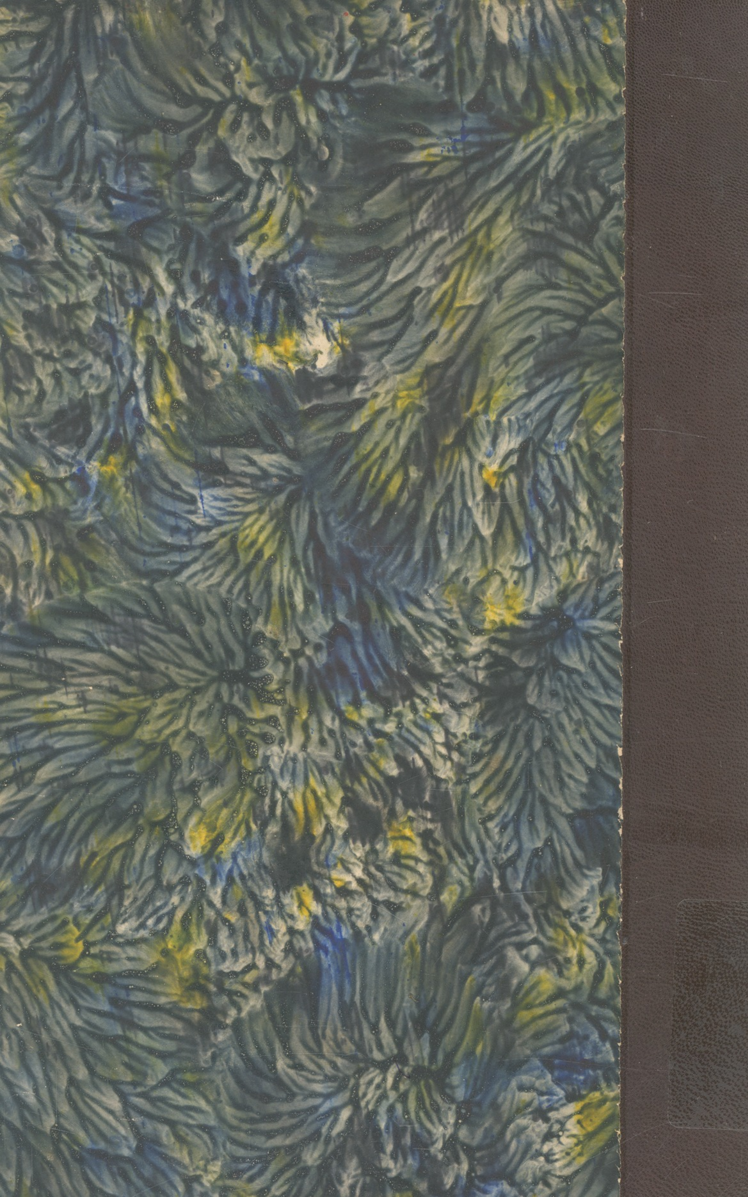


# في
# الأموال

المنقولات والعقارات . الملكية على اختلاف أنوعها .
الحقوق العينية العقارية والمنقولة المختلفة . وسائل اكتساب الحقوق العينية .
وضع اليد والتقادم . الشفعة وأحكامها . شرح قانون التسجيل
الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ . الخ الخ

---


تأليف

**الدكتور عبد السلام ذهني بك**

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
دكتور فى الحقوق ( العلوم القانونية ، والعلوم السياسية والاقتصادية )
محام لدى محاكم الاستئناف




---


مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر
١٣٤٤ هـ — ١٩٢٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم

# كلمة

وددنا سنة ١٩٢٢[1] لو أن تحقق مصر أملاً من آمالها الجمة و تصبح لغة البلاد لغة للتعليم فى معاهدها العلمية العالية . وقد حقق الله الأمل وأصبحت العلوم القانونية تدرس بدار الحقوق باللغة العربية . وأصبح هذا العهد الحاضر عهد فتح جديد فى التأليف تنتقل فيه الامة من دور حصر العلم فى طائفة الناطقين باللغات الاجنبية ، الى تعميم العلم على الافراد ، لذيوع اللغة العربية بين الكل ، وهى اداة التفاهم العامة ، وقوام القومية الصحيحة . ولقد ابلينا نحن القائمين بمهمة التعليم فى هذا العهد المحفوف بالمصاعب بلاءً ذقنا فى اجتياز طرقه من وفرة المتاعب ووعورة المسالك ما نطمع معه ان نكون قد قمنا بالوفاء ببعض الدين فى ذمتنا نحو بلادنا . وكأنا ونحن فى هذا العهد الاول ، دور الانتقال من حال الى حال ، طلائع تعمل على تمهيد الطريق للجيش الزاحف بخيله ورجله . حتى اذا ما سار خلفاؤنا بعدنا وجدوا الطريق مطروقا من

---

(١) قلنا بكتابنا فى المداينات أو الالتزامات بالجزء الاول من الاثبات صفحة ٦٥ سنة ١٩٢٢ ما يأتى : « لذلك نلح فى ضرورة تعليم القانون باللغة العربية ، فترقى اللغة وتربط العلم الحاضر بعلم أجدادنا الغابر ، وتتصل مصرنا العصرية بمصرنا السابقة فينشأ الحقوقيون بمصر ولم تنقطع بهم رابطة الماضى حتى لا يشعرون بفراغ وراءهم وابهام أمامهم بل « كلما كانت الصلة بين الحاضر والماضى متينة كلما كان الرقى آكد فى الرسوخ والبقاء » كما قال بحق المشترع الالمانى المعروف « اهرنج Ihering » بكتابه « فى روح القانون الرومانى L'esprit du droit romain » الجزء ٣ صفحة ٢٠٧ »

آبائهم فيسيرون فيه وقد اطمأنت قلوبهم . واذا ما وصلوا أقاموا بعدنا صروح العلم بما أوتوا من عزيمة حارة وجلد ثابت . وبذا تتصل اعمال الأبناء بعمل الآباء ، اتصالاً لحمته روح التضافر القومي الدائم ، وسداه الرغبة الأكيدة في خلود البلاد خلوداً لائقاً بماضيها ، يحفظ لها كيانها في هذا التزاحم العالمي المضطرب . والله الموفق ؟

عبد السلام ذهني

الزمالك في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦

# مؤلفات المؤلف

## ١ — باللغة العربية

أولا — الكتب :

١ — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الاول » مطبعة المعارف سنة ١٩١٤
٢ — مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الثانى » مطبعة المعارف سنة ١٩١٥
٣ — المداينات أو الالتزامات « الجزء الاول . فى الادلة » مطبعة المعارف سنة ١٩٢٢
٤ — المداينات أو الالتزامات « الجزء الثانى . فى الادلة » مطبعة هندية سنة ١٩٢٣
٥ — الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر سنة ١٩٢٥
٦ — فى التأمينات الشخصية والعينية : الكفالة ، والرهن الحيازى والمنقول والعقارى ، والرهن غير الحيازى العقارى ، والامتيازات ، وحق الحبس . مطبعة الاعتماد سنة ١٩٢٦

ثانيا — المقالات :

١ — نهضة القانون « تضافر الفقه والقضاء » العلم والعمل : مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٣٩٨ — ٤١٢ ، المقال الاول سنة ١٩١٦ ( لمناسبة ظهور كتاب شرح البيع لحلمى باشا عيسى سنة ١٩١٦ )
٢ — نهضة القانون ، تضافر الفقه والقضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٥٧٧ — ٥٨٦ المقال الثانى سنة ١٩١٦
٣ — مرافعات الدكتور أبو هيف ، الكتاب البكر فى « فن القانون » ، بشائر رقى الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١ — ١٨ سنة ١٩١٦
٤ — فى اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية

القانونية والنظامية : Droit de l'évocation de l'action publique au point de vue de la technique juridique et du droit public interne مجلة الشرائع السنة السادسة ص٢— ٢٤ سنة ١٩١٨

٥ — فى المسئولية المدنية للافراد . لمحتان تاريخية وتشريعية : مجلة المحاماة السنة الثالثة ص ٣٧٥ — ٣٨٥

ثالثاً — مذكرات لطلبة الحقوق وغيرهم :

١ — مذكرات فى القانون الرومانى . فى الاحوال الشخصية عند الرومان . سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

٢ — مذكرات فى القانون الرومانى . فى نظرية الاشياء عند الرومان سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

٣ — مذكرات فى القانون الرومانى . فى نظرية الالتزامات عند الرومان سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣

رابعاً — كتب تحت الطبع :

١ — القانون التجارى : الاعمال التجارية ، العقود التجارية على اختلاف أنواعها ، الشركات

خامساً — كتب فى التحضير

الجزء الثالث من كتاب مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة ، وهو القسم العملى القضائى

## مؤلفات المؤلف

### ٢ — باللغة الفرنسية

*Du même auteur :*

1.— **Abd El Salam Zohny**. La responsabilité de l'Etat égyptien à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg Lyon, P. Geuthner, Paris, 1914.

2.— Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.

3.— Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et économique de l'Egypte, Willefranche, 1921

## ﴿ بيان الرموز ﴾

| | |
|---|---|
| م ت ق ، ٣ ، ١٨ . . . . . . . . | مجلة التشريع والقضاء المصريين Bulletin de législation et de jursiprudence égyptiennes. المجلد ٣ صفحة ١٨ ( ويرمز لها باللغة الفرنسية B. L. J ) |
| ٣ ، ١٨ . . . . . . . . . . . | نريد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨ من مجلة م ت ق . والمجلة هذه لا تنشر الا الاحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة |
| م ز ا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠ . . . . . | المجموعة الرسميه للمحاكم الاهاليه المجلد ٣ صفحة ٣٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمز لها بالفرنسية B. O |
| م ر م ، ٣ ، ١٨ . . . . . . . | المجموعه الرسمية للمحاكم المختلطة Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte. ( ويرمز لها باللغة الفرنسية R. O.) المجلد ٣ صفحة ١٨ |
| م ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠ . . . . . . | مجلة المحاماة المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ |
| ش ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠ . . . . . | مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ |
| س ، ٩٨ ، ١ ، ١٨ . . . . . . . | مجلة سيرى Sirey الفرنسيه سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨ |
| د ، ٩٨ ، ١ ، ١٨ . . . . . . . | مجلة دالوز Dalloz الفرنسيه سنة ١٨٩٨ القسم الاول صفحة ١٨ |
| جا ، ٣ ص ١٨ عدد ٢٠ . . . . . | مجلة جازيت المحاكم المختلطه بمصر Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte |

| | |
|---|---|
| | المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ |
| ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩ | الجدول العشرى الاول للمحاكم المختلطة Table décennale صفحة١٨ نبذة ١٩ |
| ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩ | الجدول العشرى الثانى الخ . . . |
| ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩ | « « الثالث « |
| استئناف | محكمة الاستئناف الاهلية بمصر |
| استئناف م | محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية |
| مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩ | كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ، الجزء الاول ص ١٨ نبذة ١٩ |
| مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩ | نفس الكتاب جزء ثان |
| مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩ | مجموعة الاحكام الصادرة فى السنين العشر الاخيرة من سنة ١٩٠٧ — سنة ١٩١٧ تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ |
| تعليقات جلاد مدنى ص ١٨ ن ١٩ | كتاب التعليقات القضائية على قوانين المحاكم المصرية ، جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩ تأليف جلاد بك |
| عياشى ص ١٨ ن ١٩ | قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ — ١٩٢٠ بقلم الاستاذين جورج روفائيل عياشى والياس روفائيل عياشى المحاميين بقلم قضايا الاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩ |
| مرجع ٢ ص ١٨ ن ١٩ | مرجع القضاء لواضعه عبد العزيز بك ناصر الجزء الثانى صفحة ١٨ نبذة ١٩ |

بسم الله الرحمن الرحيم

# فى الاموال

## تمهيد

## الانسان والأموال

١ — يتناول القول هنا أولا . الانسان باعتباره مخلوقاً صاحب حقوق ثانياً : الاشياء باعتبارها كائنات تتقرر عليها حقوق للانسان

أولا : الانسان هو المخلوق الذى أوجده الله فى هذا العالم الحيوى لينتفع بما أرصدته له الطبيعة من الاشياء المختلفة. والقانونيون يُعنون بدرس أحوال الانسان من حيث ما اختص به وحده من الخصائص الموقوفة عليه ومن حيث اتصاله بابناء جنسه . أى يدرسونه من حيث أهليته على اختلاف أنواعها فى الزواج والطلاق مثلا ومن حيث مميزاته باعتباره كائناً حيوياً كولادته ووفاته . وقد تكفل بهذا القسم قانون الاحوال الشخصية لقدرى باشا وقوانين أخرى منفردة كالقانون الاخير الخاص بالمحاكم الشرعية [1] وقانون الولادة والوفاة ( قانون ١١ أغسطس سنة ١٩١٢ رقم ٢٢ ) وقانون المجالس الحسبية [2] وقانون الطلاق والعدة والنفقة الذى صدر أخيراً [3]

---

(١) والمعروف بلائحة المحاكم الشرعية ( قانون رقم ٢٥ سنة ٩٠٩ ورقم ٣١ سنة ٩١٠ ورقم ٢٣ سنة ٩٢٠ )

(٢) مرسوم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ ومرسوم ١٧ فبراير سنة ٩٨ ومرسوم ٤ يونيو سنة ٩٠٠ وقانون رقم ٥ سنة ٩١١ الخاص بانشاء مجلس حسبي عال . ووزارة الحقانية تشتغل الآن بوضع قانون جديد للمجالس الحسبية قامت حوله ضجة من ناحية بعض رجال الطوائف المسيحية وسيظهر قريباً

(٣) قانون رقم ٢٥ سنة ٩٢٠ وهو قانون هام . ولقد وضع فى شرحه الاستاذ عبدالفتاح بك

ولما كان هذا القسم من أحوال الانسان ماساً بالشريعة الدينية التى يدين بها قاطنو مصر من مصريين مختلفين ومن أجانب أيضاً رأى أغاب فقهاء مصر فى القانون المدنى أن لا يتعرضوا لهذا البحث وتركوه لاعلام الشريعة الاسلامية . وخالفهم بحق فى ذلك فتحى زغلول باشا[1] اذ جعل شرحه للقانون المدنى شاملا أحوال الانسان جميعها وصور معاملاته مع الغير

ثانياً : هذا هو الشطر الاول من حيث درس الانسان . أما الشطر الثانى فهو درس الاشياء أى الموجودات الطبيعية وما يتقرر عليها من الحقوق المختلفة للانسان نحو الانسان . وهذا الشطر اما أن يتعلق باحد مصادر الالتزامات أى العقود[2] واما يتعلق بدرس الاشياء من حيث تقرير الحقوق المقررة للانسان عليها كحق الملكية وحق الارتفاق وغير ذلك

وهنا نقصر بحثنا على درس الاشياء من حيث تقرير الحقوق المقررة للانسان عليها ولا نتعرض لبحثها من حيث كيانها الطبيعى أى مادتها فان ذلك خارج عن مهمة القانون

الا أننا فى درسنا للاشياء من حيث الحقوق المقررة للانسان عليها فانه لا بد حتماً من ملاحظة أن هذه الحقوق لا يمكن أن تعتبر حقوقاً بالمعنى القانونى الا اذا وجد أكثر من شخص واحد أى شخصين أو أكثر يتنازعان هذا الحق . اذ الحق لا يمكن أن يكون كذلك[3] الا اذا تقرر لانسان ازاء انسان . والا لا يعتبر حقاً ما دام لا منازع ينازع فيه . وتستحيل الحياة الا بكثرة الاشخاص . كأن

---

السيد رسالة فى الدكتورا سنة ٩٢٢ بعنوان

De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman, Dijon, 1922.

وقانون بتحديد سن الزواج ( قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٣ رقم ٥٦ . ومذكرته الايضاحية بمجلة المحاماة المجلد ٤ ص ٣٩٩ وباللغة الفرنسية بجورنال المحاكم المختلطة عدد ١٢٢ سنة ٩٢٤ ص ٦ العامود الثالث )

(١) شرح المدنى ص ١٠ — ٤٤ (٢) Contrats (٣) droit

الحق ملازم لكثرة المتزاحمين . فالمزاحمة والحق متلازمان فلا منازعة ولا مزاحمة الا عند وجود الحق . ولا حق الا عند وجود المنازعة سواء كانت المنازعة فعلية واقعة ، أو محتملا وقوعها فيما بعد من الشخص الموجود الآن وغير المنازع والذى يمكن أن ينازع فيما بعد. لهذا كان درسنا للاشياء من هذه الوجهة درساً قانونياً لاطبيعياً . أى من جهة الحقوق التى تقرر للانسان نحو الانسان على الاشياء

والاشياء والاموال [1] هى المفردات التى تتكون منها ثروة الانسان [2] أى الاموال هى الاشياء [3] التى يمكن أن تكون محلا لحق من الحقوق وأن تكون ذات قيمة مالية [4]

وسنتكلم على الاموال والثروة معاً ثم على أهم الحقوق العينية التى تنصب على الاشياء

---

## فى أقسام الاموال

٢ — تنقسم الاموال الى الاقسام الآتية :

### فى الاموال وفى الثروة بوجه عام

٣ — للاشياء أو الاموال جملة تقسيمات ، ونقصر التقسيم هنا على ما هو أوسع مجالا وأفسح نطاقا بما يتمشى على جميع الاموال [5] اذ تنقسم الاموال الى قسمين عظيمين : (١) أموال مادية [6] وأموال معنوية [7] : (٢) وعقارات [8] ومنقولات [9]

وأما التقسيمات الاخرى فانه سيأتى ذكرها فى مكانها من حيث الآثار القانونية

---

(١) Biens (٢) Patrimoine (٣) Choses

(٤) فيما يتعلق بمال الانسان أو ثروته أنظر كتابنا فى الالتزامات ص ٨١ ن ٢٤ وما بعدها

(٥) Summae divisiones (٦) Biens corporels

(٧) Biens incorporels (٨) Immeubles (٩) Meubles

المترتبة عليهـا وهى تقسيم الاشـياء الى أشياء قابلة للتملك [١] والى أشياء غير قابلة للتملك أى أشياء عامة [٢] والى أشياء قابلة للاستهـلاك [٣] أو غير قابلة للاستهلاك [٤]

## فى الاموال المادية والامول المعنوية

٤ — الاموال المـادية هى ما كان لها وجود مادى مرئى ومحسوس [٥] وتشمل جميع الأشياء المرصودة على منفعة الانسان لقضاء حاجاته منها مثل الارض والمعادن والنباتات والحيوانات وغير ذلك

والاموال المعنوية على العكس من ذلك هى ما كان لها وجود خيـالى [٦] تخيله الانسان وقدر له قيمة مالية . مثـلا قصيدة الشاعر وابتـكار رجل الفن واختراع العالم واسم التاجر وعلامة المصنع والعمل الذى تعهد المدين بادائهوحق المؤلف على كتابه [٧]

هذا من الوجهة المنطقية الصرف . على أن رجال القانون قد توسعوا فى بيان حدود هذه التفرقة اذ جعلوا من الاشياء المعنوية جميع الحقوق [٨] . وهى أولا جميع الحقوق الشخصية [٩] أو حقوق الدائن أى حقوق الدائنية [١٠] وثانياً جميع الحقوق العينية [١١] ما عدا حق الملـكية . ورجع القانونيون فى ذلك الى ماورد بالـكتاب الذى أعده الامبراطور جوستنيان لطلبة الحقوق [١٢]

والسبب فى ذلك الخلط بين شيئين مختلفين وهما الأشياء من جهة والحقوق

---

(١) Choses susceptibles d'être appropriées

(٢) Res communes

(٣) Choses consomptibles

(٤) Non consomptibles

(٥) Quae tangi possunt

(٦) Abstrait

(٧) كتابنا فى الالتزامات ص ٨١ ن ٨٣

(٨) Droits

(٩) Droits pesonnels

(١٠) Droits de créance

(١١) Droits réels

(١٢) Institutes de Justinien

المقررة عليها من جهة أخرى انما يرجع الى أن الأشياء لا تعتبر أموالا ، أى لا تعتبر ذات منفعة اقتصادية للانسان ، الا لكونها محلا لحقوق تتقرر للانسان عليها . وكان يجب منطقياً بناء على هذا التحليل أن يقال بان الذى يعتبر مالا بالمعنى الصحيح هو نفس الحقوق بذاتها المتوقعة على الاشياء أى الحقوق العينية لا الاشياء ذاتها . وهى الحقوق التى تستحيل فى النهاية الى حقوق الدائنية [1]

٥ — هذا ومن الحقوق المقررة للانسان على الاشياء حق الملكية [2] وهو ذلك الحق الذى يجمع تحت كنفه جميع الحقوق التى يمكن ادراكها بالنسبة للشيء المحمل بهذا الحق . وحق الملكية هذا ، وهو حق الاستفادة من الشيء استفادة اقتصادية جامعة ، يمتزج كل الامتزاج مع الشيء نفسه حتى جرت العادة فى مجال العرف الى اعتبار الملكية والشيء واحدا دون تمييز بينهما فبدلا أن يقال لى على هذه العمارة حق الملكية اذ يقال هذه العمارة ملكى . وعلى خلاف ذلك جميع الحقوق العينية الاخرى مثل حق الانتفاع [3] وحقوق الارتفاق [4] والرهن التأمينى [5] فانها لا تمتزج مع الاشياء المحملة بهذه الحقوق . وسبب ذلك أن هذه الحقوق العينية الاخرى لا تمكن أصحابها من الانتفاع بالاشياء المحملة بها استفادة عامة شاملة . ولذا لا يجوز لصاحب الرهن التأمينى على عمارة أن يقول هذه العمارة ملكى ، فى سبيل التدليل على حقه المقرر له عليها . اذا تقرر ذلك أمكن القول بان حقوق الدائن [6] لا يمكن هى الاخرى من باب أولى أن تمتزج بالاشياء المرصودة لحماية الدائن فى حقوقه هذه [7]

ولهذا السبب عمل الرومان ومن جاء بعدهم من رجال القانون فى الوقت الحاضر على اخراج حق الملكية من طائفة الحقوق العينية التى جعلوها فى عداد الاموال

---

(١) Droits de créance فيما يتعلق بحقوق الدائنية أنظر الالتزامات — ص ٧٩ ن ١

(٢) Propriété (٣) Usufruit (٤) Servitudes

(٥) Hypothéque (٦) Droits de créances

(٧) حق الملكية : الالتزامات ص ٧٨ ن ٨٠

المعنوية . أى اعتبروا الحقوق العينية أموالا معنوية واستثنوا منها حق الملكية، باعتبار أن حق الملكية لا يمكن تمييزه عن الشيء نفسه المحمل بهذا الحق

واذا كان من المنطق الصراح أن يقال بأن الحقوق المتصلة بالاشياء هى نفس الاشياء وبذاتها لترتب على ذلك ، الجهر بالقول بأن الاموال المادية هى ملكية الاشياء المادية [1]

## في العقارات والمنقولات

### في التعليل التاريخى لهـذا التقسيم

٦ — لهذا التقسيم أيضاً اعتبارات عقليـة صرف واعتبارات قانونية . فمن حيث الاعتبارات العقلية تعتبر العقارات ما كان لها مستقر دائم [2] بحيث لا يمكن نقلها كالمنزل والغيط . والمنقولات هى ما أمكن نقلها من مكان الى مكان كالكتاب. وبناء على ذلك يعتبر هذا التقسيم تفريعا عن التقسيم الاول القائل بالاموال المادية والمعنوية . وعلى هذا جرى الرومان اذ لم يعلقوا أهمية كبرى على تقسيم الاموال الى عقارات ومنقولات حيث كانوا يجعلون النوعين خاضعين لاصول واحدة فى اكثر المظاهر القانونية

وجاء القانون المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ ونقل بالمادة ٥١٦ منه هذا التقسيم العقارى والمنقول واتبع فيه طريقة قانون العادات الفرنسى [3] وجعل هذا التقسيم تقسيما أصليا [4] بدلا من أن يكون تقسيما تفريعيا عن التقسيم الاول المادى والمعنوى . وقرر فى المادة ٥١٦ المذكورة ما يأتى: «تنقسم جميع الاموال الى منقولة وثابتة » وقلده فى ذلك الشارع المصرى المختلط سنة ١٨٧٥ بالمادة ١٥ والشارع الأهلى سـنة ١٨٨٣ بالمادة الاولى مدنى مع حذف كلمة جميع وقررت المادتان ما يأتى : « تنقسم الاموال الى منقولة وثابتة »

---

(١) Choses matérielles

(٢) Assiette fixe

(٣) Droit coutumier

(٤) Summa divisio

وبهذا التعبير جعل الشارع الفرنسي والمصري الاموال المادية داخلة تارة بالاموال المنقولة وطوراً بالاموال الثابتة وعلى ذلك يمكن القول بانه توجد هناك أربعة أنواع للاموال (١) الاموال الثابتة الحقيقية [١] (٢) الأموال الثابتة المعنوية . (٣) المنقولات الحقيقية . (٤) المنقولات المعنوية . وهذا النوع الاخير ذو أهمية عظيمة خاصة لانه تندمج فيه جميع حقوق الدائنية [٢] وله فى الوقت الحاضر قيمة اقتصادية لامثيل لها كالاوراق المالية بالبورصة واسهم الشركات وسنداتها وغير ذلك

٧ — *فى تطور هذا التقسيم* : وقد اعترت تقسيم الاموال الى منقولة وثابتة اعراض هامة فى طريق انتقال هذا التقسيم من العصور الماضية الى العصور الحاضرة ذلك لانه كان من المعروف قديماً فى الاوقات المشبعة بالمبادئ الخاصة بنظام الاشراف والاقطاعات [٣] ان الاراضى هى العامل الاكبر فى تكوين ثروة الانسان . وكان تتصل بملكية الاراضى كرامة الاسرة ومركزها الادبى بين الاسرات . وعلى النقيض من ذلك المنقولات لما كان بها من الضعف المعروف فى الانتاج الصناعى ولندورة المعادن النفيسة . ولذلك كانت مشهورة بتفاهة القيمة [٤].

وترتب على تفوق الاموال الثابتة على الاموال المنقولة فى الاوقات السالفة نتيجتان :

أولا — *العقار ثروة الاسرة* : أحاط القانون الاموال الثابتة بضمانات خاصة وقرر فى سبيل التصرف فيها قيوداً لم تعرف فى الاموال المنقولة . ورسم لها قواعد وأصولا تضمن بقاء الاموال الثابتة ملكا للاسرة فى حالتى الزواج والميراث بعد الوفاة . اذ كان للاموال الثابتة أصول خاصة فى حالة توارثها عن آباء وأجداد

---

(١) Proprement dits
(٢) Droits de créance
(٣) Féodalité
(٤) Vilis mobilium prossessio

المتوفى ، وهى أصول تخالف الاصول المقررة للاموال المنقولة فى الميراث . وكان يجوز للنبيل فى عصر النبلاء والاشراف حق استرداد المبيع[١] الامر الذى ترتب عليه تعطيل حرية التعامل بين الافراد والتصرف فى العقارات

ثانيا — ديون الايراد السنوى عقار : ونظراً للاهمية الاقتصادية والاجتماعية المقررة للاراضى من حيث محصولها الدورى الذى لايفنى أبداً وأنها ذات ايراد مستمر ، ومن حيث أنها السند الدائم والعامل القوى لثروة الاسرة ، نظراً لذلك كله قرر القضاء الفرنسى قديماً أنه يعتبر من ضمن الاموال الثابتة على سبيل المجاز أو العقارات المجازية أو الحكمية [٢] جميع الاموال المعنوية التى تشترك مع الاموال الثابتة الحقيقية من حيث دوام الريع الدورى مثل حقوق الدائنية المفرغة فى قالب الايراد المستمر[٣] كالايراد العقارى[٤] والحرف المحتكرة [٥]

أما حقوق الدائنية العادية فانها كانت ملحقة بالمنقولات فى حالتى الزواج والميراث ويرجع ذلك الى ضعف المعاملات التجارية فى تلك العصور والى تحريم التسليف بفوائد وكانت الاموال المنقولة المادية منهـا والمعنوية سواء فى عدم الاهمية وتقررت اذ ذاك تلك القاعدة المعروفة أن « لا قيمة للمنقول » [٦]

فى تفوق العقار على المنقول : وجاءت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ وأبطلت حقوق النبلاء وامتيازات الاشراف والحرف المحتكرة وجعلت المرتبات فى عداد حقوق الدائنية العادية

هذا ولما قطعت المدنية أشواطاً بعيدة بعد الثورة فى سبيل التقدم الصناعى والتجارى الذى امتاز به القرن التاسع والعاشر أصبحت ملكية المنقولات ذات أهمية خاصة وعلى الاخص المعنوى منها كالسندات[٧] والاوراق المالية ذات القيمة المالية [٨] وهى أهمية وليدة التقدم الاقتصـادى بوجه عام ولم تكن معروفة بها من قبل

(١) Retrait féodal — (٢) Immeubles fictifs — (٣) Rentes
(٤) Rentes foncières — (٥) Offices
(٦) Res mobilis res vilis — (٧) Titres — (٨) Valeurs

٨ — **التشريع الفرنسى** : ولما جاء الشارع الفرنسى ووضع قانونه سنة ١٨٠٤ رأى المحافظة على ما كان معروفاً قديماً من تفوق الثابت على المنقول فصاغ قانونه على هذا الاعتبار وقرر أصولا وقواعد أرصدها بلا حق على الثابت دون المنقول بعد أن أهمل العناية بالاخير وكان فى ذلك متأثراً بالقاعدة القديمة القائلة « بأن لا أهمية للمنقول »(١)

ولكن كان للتقدم الاقتصادى بجميع وجوهه رد فعل اذ انعكست الآية وأصبحت المنقولات ذات قيمة عظيمة جداً فى عالم الحياة العملية . وصدرت قوانين خاصة بعد سنة ١٨٠٤ عالجت ما فات شارع سنة ١٨٠٤ من معالجته كالقانون الخاص بضياع وسرقة السندات لحاملها سنة ١٨٧٢ وكالقانون الخاص بالتصرف وتحويل الاوراق المالية المنقولة المملوكة للقصر والمحجور عليهم ( بفرنسا )

على أن الشارع الفرنسى لم ينس بعد أهمية العقارات وما لها هى الاخرى من الاثر الظاهر فى عالم الحياة الاقتصادى اذ قرر بقانون سنة ١٨٨٤ الخاص بنقابات العمال عدم التجويز لها بتملك العقارات الا بالقدر المناسب للاجتماع ولدار الكتب وللنشر مبادئ الحرف . وكذلك الحال بشأن قانون سنة ١٨٩٨ الخاص بشركات التعاون(٢) وكقانون سنة ١٩٠١ الخاص بالجمعيات(٣) .

٩ — **التشريع المصرى** : ولقد تأثر الشارع المصرى مختلطا وأهلياً بهذه النظرية الفرنسية فوضع قوانينه وهو مشبع بالروح الفرنسية . ووجه الشارع المصرى عنايته أيضاً الى ضرورة تمييز العقار عن المنقول . نعم ولو أنه لم يشرع لنقابات العمال كالشارع الفرنسى ولا للجمعيات على اختلاف أنواعها الا أنه نظر الى العقارات أيضاً نظرة تنم على رغبته فى اقساط العقار قيمة أكبر من المنقول وأكبر دليل على ذلك قانون خمسة الافدنة ( قانون أول مارس سنة ٩١٣ رقم ٤

---

(١) Res mobilis, res vilis

(٢) Société de secours mutuels

(٣) Associations

أهلى و ٢٨ نوفمبر سنة ٩١٢ رقم ٣١ مختلط المعدل بقانون ٢٧ ابريل سنة ٩١٣ رقم ٩ مختلط والمعدل بقانون ٤ ابريل سنة ٩١٦ رقم ٤ مختلط )

وأما التشريع الاجنبى الآخر كالتشريع الالمانى والسويسرى فانه لم يعر هذا التقسيم الى ثابت ومنقول نفس هذه الاهمية

## فى نتائج التقسيم الى ثابت ومنقول(١)

١٠ — لهذا التقسيم أهمية فى الوقت الحاضر . منها :

١ ) من حيث الطمأنينة فى اكتساب الحقوق عند التصرفات

أولا — العقارات : اذا حصل التصرف فى عقار من شخص غير مالك جاز للمالك الحقيقى حق رفع دعوى تثبيت ملكيته له ضد المتصرف اليه . ولأجل أن يضمن المتصرف اليه أن العقار مملوك لمن يتعاقد معه قرر الشارع نظام التسجيل فتخضع له التصرفات العقارية وانتقال العقار من يد الى يد بين الاحياء وكذلك نقل الحقوق العينية العقارية . فاذا جاء المتعاقد مع المتصرف وأراد معرفة ما اذا كان الحق العينى العقارى قد سبق أن خرج من حظيرة المالك الى الغير ولى وجهه شطر سجلات التسجيل فيعرف منها مبلغ ما يريده فيما اذا كان الحق العينى باقياً كله أو بعضه . وقد تأيدت هذه القاعدة على الاخص بقانون التسجيل الحديث الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و١٩ ، بل ذهب هذا القانون الى أبعد من ذلك ، فقرر أن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ( المادة الاولى منه )

ثانيا — المنقولات : وعلى نقيض ماتقدم حالة المنقولات اذ حق تثبيت الملكية فيها للمالك الحقيقى عند التصرف فيها حق مغلول بقيود هامة . ذلك لان المشترى للمنقول بحسن نية ومن غير مالك لايخشى دعوى المالك الحقيقى عليه لانه محمى بتلك القاعدة الهامة المعروفة بأن « حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية »

(١) راجع فى ذلك كله دالوز براتيك ج ٢ ص ٩١ ن ٦

( المواد ٤٦/٦٨ و ٨٧/١١٦ و١١٨/١٧٥ و ٦٠٧/٧٣٣ مدنى والمادة ٢٢٧٩ الفرنسية الشهيرة ) وعلى ذلك لا تخضع التصرفات المنقولة لنظرية الاشهار والاذاعة [١] المعروفة فى العقارات

٢ ) ان وضع اليد على العقارات مضمون بدعاوى خاصة وهى دعاوى وضع اليد [٢] المقررة لواضع اليد بصرف النظر عما اذا كان مالكا أو غير مالك

وعلى خلاف ذلك فى حالة المنقول اذ لم يتقرر لواضع اليد دعوى تضمن له وضع يده وهو ليس فى حاجة اليها اذ يكفى أن يعتبر مالكا اذا ثبت أنه اشترى بحسن نية ( المواد ٤٦/٦٨ وما بعدها السابق الاشارة اليها )

٣ ) للتقادم المكسب [٣] دورهام فى حالة العقارات لان من اشترى عقاراً من غير مالك [٤] بحسن نية وسبب صحيح ( مسجل طبقاً لقانون التسجيل الجديد ) يصبح مالكا له بعد مضى خمسة أعوام هلالية على وضع يده على هذا العقار ( المادة ٧٦/١٠٢ مدنى و ٢٢٦٥ فرنسى ) واذا كان سيئ النية تملكه بمضى ١٥ سنة بلا عقد مسجل ( المادة المذكورة و ٢٢٦٢ فرنسى )

والأمر على خلاف ذلك فى حالة المنقولات اذ لا محل للاستعانة بالتقادم الا فى حالة التملك بسوء نية أى اذا كان واضع اليد سيئ النية ( اذ يتملك بمضى ١٥ سنة ) لان واضع اليد على المنقول بحسن نية يعتبر مالكا دون الحاجة الى وقت يدعم يده ويؤيدها عليه ( الا اذا كان المنقول مباعاً من تاجر يبيع هذا الصنف وكان المنقول مسروقا أوضائعاً فانه يجوز لمالكه الحقيقى حق استرداده فى مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات على شرط دفع مادفعه المشترى مع حق الحبس لهذا الاخير ( المواد ٨٦/١١٥ و ٨٧/١١٦ مدنى )

٤ ) تخضع العقارات للرهن التأمينى [٥] دون غيرها . ولا يسرى الرهن

---

(١) Publicité
(٢) Actions possessoires
(٣) Usucapion أو Prescription
(٤) Non domino
(٥) Hypothèque

الرسمى على المنقولات فى الاصل الا فى حالات استثنائية كرهن السفن البحرية والمراكب النيلية [(١)] واذا كان لايجوز رهن المنقول رهناً رسمياً فانه يجوز رهنه رهناً عادياً من طريق تركه تحت يد الدائن تأميناً لدينه [(٢)]

٥) لايجوز للقيم أو الوصى التصرف فى عقارات محجوره الا بعد اجازة المجلس الحسبى وهذا القيد لا يتمشى الا على العقار دون المنقول ( المادة ١٣ من مرسوم ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٦ )

٦) المحكمة المختصة فى نظر النزاع هى المحكمة الموجود بدائرتها المال فيما اذا كان عقاراً . وعلى العكس من ذلك فيما اذا كان منقولا اذ ترفع الدعوى أمام محكمة محل اقامة المدعى عليه ( المادة ٣٤/ ٣٥ مرافعات و ٥٩ فرنسى )

٧) ان الحجز على المنقول أقل تكاليف ومصاريف عن الحجز على العقار

## فى الأموال الثابتة

١١ — هناك جملة طوائف للاموال الثابتة . فمن العقارات المادية ما يأتى :

١) العقارات بطبيعتها [(٣)] أى العقارات ذات المستقر الدائم كالاراضى والبيوت والبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها والاحجار قبل قطعها . والاشجار والحاصلات التى لم تنفصل عن الارض

٢) الاموال الثابتة بالتخصيص أو بالتبعية [(٤)] وهى فى الحقيقة أشياء منقولة جعلها الشارع فى مصاف العقارات نظراً لما أعدت له هذه الاشياء لانها

---

(١) نص القانون التجارى البحرى بالمادة ٤ على اعتبار المراكب والسفن منقولا ولو أنه لم يرد نص بذلك فى القانون المدنى . مرجع القضاء ج ٢ ن ٨٣٥ . وفيما يتعلق بتسجيل المراكب النيلية enregistrement أنظر القانون رقم ٦٣ سنة ٩١٧ وقرار وزارة الاشغال فى ٢٥ سبتمبر سنة ٩١٧ بمجموعة واتليه Wathlet ج ٢ ص ٨٧

(٢) Gage

(٣) Immeubles par nature

(٤) Immeubles par destination

موضوعة بالعقارات من طريق التبعية لها أى لاجل أن تكون تابعة لمتبوع [١] أى وقفاً على خدمتها

هذا وقد رأينا أن القانون جعل المادة الاولى مدنى القائلة بتقسيم الاشياء الى ثابتة ومنقولة تتمشى على الاشياء المعنوية من طريق التعميم أى على الحقوق نفسها من حيث هى . وعلى ذلك يوجد نوعان من الحقوق الثابتة [٢] وهى :

٣ ) العقارات بالاتصال [٣] : وهى جميع الحقوق التى يتحمل بها العقار ما عدا حق الملكية كما رأينا . وقد قررت ذلك المادة ٢ مدنى حيث قالت ما يأتى فى آخرها : « . . . . . وكذلك الحقوق العينيـة المتعلقة بتلك الاموال أى الاموال الثابتة . »

٤ ) العقار برغبة المالك [٤] وهذا خاص بفرنسا اذ يجوز لمالك بعض سندات مصرف فرنسا أن يجعلها ملحقة بالعقارات اذا أظهر رغبته فى ذلك

٥ ) العقارات الموقوفة وغير الموقوفة . وسنوجز القول فى الموقوفة فيما بعد من حيث ارتباط أحكام الوقف بالقانون المدنى فى مجال المعاملات بين الافراد

والآن نتكلم على كل نوع على حدة

## ا — فى العقار بطبيعته

**١٢** — العقار بطبيعته يشمل الاراضى والمبانى ( المادة ٥١٨ فرنسى )

١ — الاراضى [٥] : هى العقارات الحقيقية الاصلية وهى عبارة عن سطح الارض [٦] وتحت الارض [٧] ( ويستثنى مما يتعلق بجزء تحت الارض

---

(١) à titre d'accessoires (٢) Droils immobiliers

(٣) Immeubles par l'objet auquet ils s'appliquent

(٤) Immeuble par déclaration du propriétaire

(٥) Fonds de terre أى Sols (٦) Surface

(٧) dessous دالوز براتيك ج ٢ ص ٩١ ن ٩ و ١١ . والطوب المضروب والمستخرج

المناجم بفرنسا لان المناجم تعتبر فى ذاتها ملكية خاصة )

وكذلك النباتات[١] والاعشاب[٢] والاشجار[٣] والشجيرات[٤] ما دامت متصلة بالارض بجذورها . والحبوب فى سنابلها المعلقة بأعوادها المتصلة بالارض[٥] وأثمار الاشجار[٦] التى لم تجن بعد ( المواد ٥٢٠ و ٥٢١ فرنسى ) . ويستفاد من ذلك أن هذه الاشياء طالما تظل متصلة بالارض فهى تبقى عقاراً بحكم الاتصال وتزول صفة العقارية بزوال الاتصـال . فالاتصال سبب أى علة والعقار مسبب أو معلول . أى تدور العقارية مع الاتصال دوران العلة مع المعلول أو السبب مع المسبب . واذا انفصلت هذه الاشياء عن الارض أعتبرت منقولا وزالت عنها صفة العقارية وتمتعت بذاتية خاصة بها وأدرجت فى عداد المنقول بحكم عزلتها عن العقار واستقلالها بذاتها[٧]

ولهذه القاعدة القائلة بعقارية النباتات والأثمار ما دام الاتصال قائماً بالارض وباعتبارها منقولة اذا زال الاتصال ، لهذه القاعدة استثناآن :

الاستثناء الأول : يجوز اعتبار محصولات الارض قبل انفصالها عن الارض منقولا مقدماً[٨] فى أحوال معينة ولاعتبارات خاصة[٩]

أولا — يعتبر بيع المحصولات التى لم تحصد بعد[١٠] ( ويزاد على ذلك بفرنسا بيع قطع الغابات والاحراش فى المستقبل[١١] ) بيعا لمنقول . وكذلك بيع قطع

---

من الارض يعتبر منقولا طالما أنه لم يندمج بالبنـاء : ج ع ٣ ص ٧٢ ن ٧٦٩ . ونظن الامر كذلك بشأن الاتربة أو السباخ المستخرج من الارض ، اذ يعتبر منقولا بالانفصال وعقـاراً بغيره . انما يجوز التبايع فيه كمنقول كما يجوز التبايع فى الطوب قبل فصل الاثنين عن الارض

(١) Végétaux (٢) Herbes (٣) Arbres

(٤) Arbustes (٥) Récoltes encore pendantes

(٦) Fruits (٧) دالوز ن ٣٥ — ٣٨

(٨) Par anticipation (٩) دالوز ن ٤٠ (١٠) Récoltes sur pied

(١١) Coupes de bois

الاشجار المطلوب قطعها فى المستقبل يعتبر أيضاً بيعاً لمنقول . ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ ) تعتبر المحكمة المختصة بالفصل فى النزاع القائم بشأن هذه البيوع محكمة محل اقامة المدعى عليه لا محكمة محل وجود المحصول والاشجار [١]

٢ ) لا محل لتسجيل عقد البيع تسجيلا ناقلا للملكية طبقاً للمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ ما دام أن البيع منصب على منقول لا على عقار

ثانياً — المحصولات والاثمار المتصلة بالارض تعتبر فى حكم المنقول عند توقيع الحجز عليها قبل استوائها ( المادة ٤٨٠ / ٥٤٤ مرافعات و ٦٢٦ فرنسى ودكريتو ٧ سبتمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بالحجز الامتيازى الادارى المقرر لملاك الاراضى الزراعية والمادة ٤٨١ / ٥٤٥ مرافعات ) [٢]

ثالثاً — يقرر الشارحون بأن الارض اذا زرعت بمعرفة مستأجر مزارع [٣] اعتبرت الثمار بالنسبة له منقولا برغم بقاء اتصالها بالارض . وعلة ذلك أنه لما لم يكن للمستأجر المزارع حق على الأرض أصبحت الثمار ملكا خاصاً له ، واعتبرت هذه الثمار ذات ملكية خاصة متميزة . وعلى هذا الاعتبار لا يمكن نعتها الا بانها منقول [٤]

الاستثناء الثانى : هـذا الاستثناء على عكس الاستثناء المتقدم . ذلك أنه بينما قد علمنا بأن المحصولات والاثمار تعتبر منقولا بمجرد فصلها من الارض ، فانه يجوز مع ذلك أى مع فصلها عن الارض اعتبارها عقاراً . يقول القانون بهذا الاستثناء فى حالة ما اذا جاء الدائن وأراد نزع ملكية مدينه من عقاره المرهون فيبدأ له أولا بعمل تنبيه نزع الملكية ( المادة ٥٣٧ / ٦٠٥ مرافعات و ٦٧٣ فرنسى ) ويترتب على هذا التنبيه الحاق الثمرة بالعقار ( المادة ٥٤٥ / ٦٢٣ مرافعات

(١) دالوز ن ٤٣ الفقرة ٢ (٢) مرجع القضاء ص ٢٦٣ ن ٨٣٦ (٣) Fermier
(٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٠ الطبعة الثانية سنة ١٩١٩

و ٦٨٢ و ٦٨٥ فرنسى ) أى أن ايجار العقار وقيمة غلته توزع مع ثمن العقار المتحصل من بيعه جبراً ، على الدائنين المرتهنين بحسب قائمة التوزيع وأوجه الافضلية بينهم طبقاً لتواريخ تسجيلاتهم [١]

**١٣ – ( ٢ ) المبانى** [٢] هى ثانى الاموال الثابتة بطبيعتها . وهناك فرق عظيم بين المبانى والارض . ذلك لان المبانى لا تعتبر مالا ثابتاً بطبيعته الا بعد اتصال الادوات الاولية المكونة لها بالارض اتصالا محكما [٣] . وعلى ذلك يجوز أن يعتبر البناء وحده دون الارض عقاراً مستقلا ومتميزاً عن الارض[٤] . ولا تقف عقارية المبانى عند تمام المبانى واكمالها بل يجوز أن تمشى هذه العقارية أيضاً ، على الاشياء اللازمة لاتمام المبانى وهى الاشياء المقامة فى الارض أو على الارض سواء كانت مبنية أومقامة على قوائم[٥] . مثلا تعتبر عقاراً القناة المكونة من مواسير داخل الارض لاجل استخدام قوة انسياب المياه [٦] والقنطرة [١] أو النفق [٨] والجسر [٩] ومواسير اتصال غاز الاستصباح [١٠]

وتعتبر المبانى عقاراً لمجرد اتصالها بالارض ولا عبرة بالمدة التى تمكثها عليها

---

(١) وكانت الاراضى الزراعية بمصر تقسم الى قسمين أراضى خراجيـة وأراضى عشورية ثم الى أرض ملك . وأصبحت الاراضى الزراعية سنة ١٨٩٦ كلهـا أراضى ملك وزالت التفرقة السابقة بما سنشرحه بعد .

(٢) Bâtiments (٣) Incorporation au sol

(٤) ويعتبر القضاء المصرى المبانى عقارا حكمياً لان صفة الاستقرار فيه ترجع لصنع صانع وأما الارض فيعتبرها عقارا حقيقياً لان الاستقرار فيها من أصل خلقتها : مرجع القضاء ج ٢ ص ٣ ن ٨٣٣ — وحق القرار الذى للمحتكر يخرج بناءه القائم فى الارض المحتكرة من حكم المال المنقول ويجعله فى حكم المال الثابت : مرجع القضاء ج ٢ ن ٨٣٤

(٥) viliers

(٦) force motrice (٧) Barrage أو Pont

(٨) tunnel (٩) Digue

(١٠) Gaz كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨١ — س ٩١ ، ١ ، ٤٨٨ — دالوز براتيك ج ٢ ص ٩٣ ن ١٢ . ولا يلزم أن يكون الغرض من وضع هـذه الاشياء بالارض الى الابد بل يكفى أن يكون وضعها معقوداً بزمن بخلاف العقار بالتخصيص كما سيأتى ذكره ( دالوز براتيك الجزء نفسه ص ٩٢ ن ١٤ )

فتعتبر مالا ثابتا المبانى التى تقام للمعارض . والطواحين التى تدار بالهواء أو الماء والمثبتة على أعمدة ( المادة ٥١٩ فرنسى ) والسواقى [١] وعلى العكس من ذلك لا يعتبر مالا ثابتا المبانى غير المثبتة بالارض والتى يمكن نقلها مثل ما ينشأ عادة بالموالد والأعياد من المساكن والمخازن اذ تعتبر منقولا وكذلك خيم البدو والعرب والرحل والخيم بوجه عام فانها لا تعتبر مالا ثابتاً بل منقولا [٢]

أما المواسير الخاصة بالمياه فانها تارة تعتبر مالا ثابتا بطبيعته وتارة مالا ثابتا بالتبعية أو التخصيص : فتعتبر مالا ثابتاً بطبيعته ومستقلا عن المنزل الذى تغذيه بالمياه اذا تملكها مالك غير مالك المنزل ولم تكن متصلة اتصالا تبعياً [٣] أما اذا اتصلت بالمنزل اتصالا تبعياً فانها لا تعتبر عقاراً مستقلا بذاته بل تعتبر تابعة للمنزل المعين الذى اتصلت به وجزءاً منه كما فى حالة المواسير المخصصة لجلب المياه للمنزل أو لتصريفها منه . ( المادة ٥٢٣ مدنى فرنسى ) [٤]

وكذلك الحال بالنسبة لمواسير غاز الاستصباح [٥] وهى المواسير التى تمر بالشوارع العمومية فانها لا تعتبر مالا ثابتاً مستقلا بذاته ولا تعتبر تابعة للشارع العمومى بل هى جزء من مصنع الغاز برغم بعدها عنه [٦]

## ٢ ) فى العقار بالتخصيص

١٤ — العقارات بالتخصيص أو بالتبعية هى عقارات من طريق المجاز لانها منقولات ولكن مالكها ومالك الارض أوقفها على خدمة الارض . وعلى

(١) دى هلس ج ١ ص ٢٠٥ ن ٧
(٢) دى هلس ج ١ ص ٤ ٢ ن ٥
(٣) àtitre d'accessoire
(٤) وجاءت هذه المادة فى مكان عقب المواد الخاصة بالعقارات بالتبعية بما جعل الشك يحوم حولها فى أن مواسير المياه تعتبر دائماً اموالا ثابتة بالتخصيص . وقد رأينا هنا ضرورة التمييز بين حالتين مختلفتين — دالوز براتيك ن ٢٦
(٥) Gaz
(٦) د ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٣٢٩ — ٣٣٠ كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨١ — ٦٨٢ دالوز ن ٢٩

ذلك فالعقارات بالتبعية هى الاشياء المنقولة التى اتصلت بعقار لتكون رصداً على منفعته واستغلاله بواسطة مالك العقار ( المادة ٢٥٤ مدنى فرنسى ) [١] والعقار التبعى هو عقار مجازى [٢] اذ هو فى الاصل منقول ولكن الشارع نزع عنه صفة المنقول ونعته بالعقارية من طريق المجاز . وقد أشار الشارع المصرى الى هذه العقارات بالتخصيص بالمادة ٤ / ١٨ مدنى وسيأتى ذكرها مع مقارنتها بالمادة الفرنسية ٥٢٤ المتقدمة

والغرض الذى يرمى اليه الشارع من نعت هذه المنقولات بالعقارية هو حماية العقار بالذات الذى أرصدت عليه هذه المنقولات وأصبحت وقفا على خدمته واستغلاله ولاجل تقوية رابطة الاتصال بينهما وبذلك لا يمكن الحجز على هذه المنقولات حجزاً منفصلا عن العقار الاصلى . والا اذا أبيح جواز الحجز على المنقولات هذه حجزاً مستقلاعن العقارلتعطلت منفعة العقار واستحال استغلاله وبخست قيمته

والاصل فى تقرير هذه العقارية المجازية هو الرومان لمناسبة معرفة مقدار الوصية [٣] التى اختصت بالايصاء بالعقار اذ قرر الرومان بان الوصية بالعقار لا بد وان تشمل المنقولات المرصودة على خدمته واستغلاله . وقلد الرومان قدماءُ الشارحين الفرنسيين وفعلوا فعلهم فيه كما أثبت ذلك بوتييه [٤] ولكنهم الحقوها بالعقارات بطبيعتها أى العقارات المستقلة ولم يفردوا لها طائفة معينة كما فعل العلماء الحاضرون . أما الشارع الفرنسى فانه جاء سنة ١٨٠٤ وأفرد لها طائفة معينة وجعلهامتميزة عن الطوائف العقارية الاخرى وسماها عقارات بالتخصيص [٥]

ولعل فى تسميتها عقارا بالتخصيص ، أى عقاراً مجازيا ، ما يؤيد الحقيقة فى ذاتها لانه لا يمكن فعلا اعتبارها عقارا بطبيعته لمجرد ان أصبحت تابعة لعقار ما. فلا تعتبر الدابة عقاراً لمجرد استخدامها فى شق الارض وجر المحراث ولا يعقل أن

(١) ج ٣ ن ٧٧١ — (٢) Immeuble fictif — (٣) Legs
(٤) Pothier — (٥) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٢

تعتبر الدابة ، وشخصيتها متميزة دائماً وأبدا ، كالادوات الاولى للبنـاء التى تستخدم فى بناء دوار بالعزبة مثلا . لان الادوات تزول عنها شخصيتها بعـد تحويلها الى بناء . بخلاف الدابة فانها تحتفظ بشخصيتها مهما ساقها صاحبها الى أى نوع ما من الاعمال الزراعية أو النقل والركوب

على أن الشارع المصرى لم ينعت هذه المنقولات بالمادة ١٨/٤ مدنى بالعقارات بالتخصيص كما نعتها الشارع الفرنسى بالمادة ٥٢٤ بعبارة صريحة . بل كل ما قاله الشارع المصرى بمادته : « الا أن آلات الزراعة . . . . تعتبر أموال ثابتة . . . . » وهو تعبير ولو أنه لم ينص على هذه التسمية « عقارا بالتخصيص » الا أنه ينم عليها حقا . وسواء نص أو لم ينص فانه من المستحيل بداهة بل وقانونا اعتبار هذه المنقولات عقاراً بطبيعته كما بينا ذلك

١٥ — ومما مر يرى أن الشروط اللازمة للعقار بالتخصيص أربعة [١] :

أولا — أن يكون الشيء الاصلى المتبوع عقاراً بطبيعته

ثانياً — أن يكون المنقول وضع بالعقار لخدمة العقار [٢]

ثالثاً — أن يكون وضعه بمعرفة المالك للعقار

رابعاً — أن يكون المالك للاثنين واحداً

والمزية الوحيـدة المرجوة من العقارية بالتخصيص تنحصر فى مسألة الحجز فلا يجوز توقيع الحجز عليه تحفظياً أو تنفيذياً الا بالطرق المقررة فى الحجز على العقارات . وهذه المزية مقررة لمصلحة المالك وله التنازل عنهـا . انما لا يصح التنازل اذا تقررت للغير حقوق عينية عقارية على العقار بالتخصيص [٣]

---

(١) ج ع ٣ ص ٧٣ ن ٧٧٣

(٢) وليس من اللازم أن تكون خدمة المنقول للعقـار ضرورية بل يكفى أن تكون تبعية ج ع ٣ ص ٧٤ ن ٧٨٤

(٣) ج ع ٣ ص ٧٤ ن ٧٨٢

## ١ — فى التفرقة بين العقار بالتخصيص والاشياء التى أصبحت عقاراً بطبيعته لاندماجها بالعقار

١٦ — هناك فوائد جمة لهذه التفرقة بين طائفتين من العقارات . وهى الاشياء التى كانت منقولة من قبل ثم أصبحت وهى كذلك منقولة وقفاً على خدمة العقار واستغلاله فأصبحت عقاراً مجازياً من طريق التخصيص ، وبين الاشياء التى كانت من قبل منقولة ثم اندمجت بعقار فأصبحت عقاراً بالاندماج(١) وبذلك انتهت بأن عدت فى عداد العقارات بطبيعتها . هذه الفوائد هى :

١ ) اذا اندمج المنقول بالارض بحيث أصبح عقاراً بطبيعته ، فانه يكتسب هذه الصفة العقارية مهما كانت اليد التى عملت فى الاندماج سواء كانت يد المالك الاصلى للعقار أو المستأجر مثلا أو المنتفع . فاذا جاء المستأجر وأحضر أدوات البناء وبنى دواراً بالعزبة التى استأجرها أعتبر الدوار عقاراً بطبيعته

وعلى العكس من ذلك فان المنقول لا يعتبر عقاراً بالتخصيص الا اذا تخصص لاستغلال العقار بمعرفة المالك للعقار بالذات ( المادة ٤/١٨ مدنى و ٥٢٢ و ٥٢٤ فرنسى )

والحكمة فى هذه التفرقة يؤيدها العقل . لان الاندماج عملية مادية بخلاف التخصيص فانه عملية فكرية . فاذا جاء المستأجر وبنى غرفة بالشقة التى استأجرها استحالت أدوات البناء التى أحضرها باعتبارها منقولة الى عقار . وتعتبر عقاراً بطبيعته مهما كانت اليد العاملة ، يد المالك أو يد المستأجر . لان الحكم فى هذه الحالة انما يرجع للطبيعة وللمادية المرئية . لأن الادوات فقدت ذاتيتها الاولى وهى ذاتية المنقول واكتسبت ذاتية أخرى وهى ذاتية العقار . وعلى العكس من ذلك فى الحالة الاخرى حالة التخصيص . لانه اذا قام بالتخصيص شخص آخر خلاف

---

(١) Immeuble par incorporation

المالك الاصلى للعقار كالمستأجر أو المنتفع بأن أحضر مواشى لاستغلال الارض فان هذا العمل من جانب المستأجر لا يترتب عليه جعل هذه المواشى تابعة للعقار لان المواشى والارض المؤجرة لا يكوّنان ملكا واحداً لشخص واحد

ومن أجل ذلك لا بد فى العقارية بالتخصيص أن يكون التخصيص بفعل المالك للارض فحسب بل يجب أن يكون المنقول المرصود للتخصيص مملوكا لنفس مالك الأرض . وعلى ذلك اذا استأجر رب مصنع آلة تحرك بالغاز فلا تعتبر هذه الآلة تابعة للمصنع وجزء منه ولا يمكن اعتبارها ضامنة لديون الدائنين المرتهنين للمصنع رهناً تأمينياً لمجرد وضعها بمعرفة هذا الاخير بالعقار المرهون [1]

٢ ) البائع لمالك الارض منقولات لتكون عقاراً بالتخصيص يحتفظ مع ذلك بحق امتيازه على هذه المنقولات ضمانا لثمن الصفقة . ذلك لأن المالك للارض وهو المشترى للمنقولات لا يملك بمحض رغبته ومجرد ارادته فى جعل المنقول عقاراً مجازيا المساس بحق البائع فى الامتياز . وعلى العكس من ذلك ، البائع لادوات البناء المندمجة بالأرض فانه يفقد حق امتيازه بمجرد الاندماج وذلك لزوال ذاتية المنقول فى حالة البناء زوالا ماديا ، وعدم زوال هذه الذاتية المنقولة فى حالة بيع المواشى أو أدوات المصنع أو آلة رى [2]

٣ ) فى حالة نزع الملكية لاجل المنفعة العامة يجب على الادارة أن تجعل ثمن الصفقة المنزوعة شاملا جميع العقار بما فيه أدوات البناء التى اندمجت فيه . وعلى العكس من ذلك فى حالة العقارية بالتخصيص فان الثمن الذى تدفعه الادارة لا يتناول العقارات بالتخصيص لأنه يجوز لمالكها أن يستغلها باعتبارها منقولا فى أى نوع من أنواع الاستغلال أو يتصرف فيها تصرفاً غير ضار به

---

(١) س ، ٩٠ ، ٢ ، ١١٣ ومقال C. Appleton — كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٨٣

(٢) مرجع ن ٨٣٧ ، استئناف ٧ ابريل سنة ٩١٤ م ر ١٥١١ ص ٢١٣ عدد ١٠٧

## ٢ — أنواع العقارات بالتخصيص

١٧ — هنـاك نوعان من التخصيص (١) التخصيص الزراعى والصناعى والتجارى . (٢) التخصيص للزينة والزخرف

### § ١ — التخصيص الزراعى والصناعى والتجارى

١٨ — قررت المادة ٤/١٨ مدنى ما يأتى : « الا أن آلات الزراعة [(١)] والماشية [(٢)] اللازمة لها متى كانت لصاحب الارض وكذلك آلات المعامل ومهماتها [(٣)] اذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل تعتبر أموالا ثابتة بمعنى أنه لا يجوز الحجز عليها منفردة من العقار المتعلقة به » وهذه المادة تقابل المادة ٥٢٤ مدنى فرنسى

وقد جاءت المـادة المصرية بطريقة عامه وأشارت الى التخصيص الزراعى والصناعى ولم تشر الى التخصيص التجارى أى فعلت كما فعلت المادة الفرنسية التى جاءت أوسع منهـا من حيث تعداد المنقولات التى تصبح عقارات « حكمية ». قلنـا ان كلا من المادتين لم يشر الى التخصيص التجارى . والسبب فى ذلك أن الشارع الفرنسى يعرف سنة ١٨٠٤ انه كان من النادر استغلال المحل التجارى [(٤)] فى عقار مملوك للتاجر نفسه . وان صح هـذا العذر لدى الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ فانه لا يصح لدى الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ مختلط وسنة ١٨٨٣ أهلى لان الاستغلال التجارى كان قد نما فى هذين التاريخين . وكذلك فانه قد نمت فكرة التوسع فى تزيين المنـازل والبيوت وعلى الاخص بيوت الاستغلال [(٥)] كتزيينها بالابسطة والصاعد [(٦)] وأدوات الانارة وغير ذلك

وانا نتكلم الآن على كل نوع من هذه العقارات بالتخصيص

(١) Ustensiles d'agriculture (٢) Troupeaux

(٣) Ustensiles et apprivisionnements des usines

(٤) Fonds de commerce (٥) Maisons de rapport (٦) Ascenseur

## ١ — الاراضى الزراعية

**١٩** — يعتبر عقاراً بالتخصيص بالنسبة للاراضى الزراعية [١] ماياتى :

١ — *الماشية اللازمة للزراعة* : وهى الحيوانات التى تعمل فى فلح الارض واستثمارها [٢] فلا يجوز الحجز عليها منفردة لما فى ذلك من اتلاف الارض وبوارها مهما كان نوع الحجز سواء كان الحجز متوقعاً من المالك ( أو المؤجر الذى أجر من باطنه ) على منقولات وأمتعة المستأجر حجزاً تحفظياً رهنياً [٣] ( المادة ٦٦٨ / ٧٦٠ مرافعات . وهو الحجز الذى يوقعه المالك على المنقولات الموجودة بالمكان المؤجر والضامنة لقيمة الايجار ) أو حجزاً تنفيذياً على المنقولات [٤] وسواء كان الحاجز دائناً ممتازاً أو دائناً عادياً [٥]

ولا تكون المواشى الزراعية فى حكم العقار من طريق التخصص الا اذا كانت مرصودة على خدمة العقار بمعرفة المالك (المادة ٥٢٢ فرنسى) أو بمعرفة وكيله[٦] أو بمعرفة واضع اليد[٧] أو بمعرفة أحد الملاك على الشيوع اذا كان هؤلاء الملاك مدينين بالتضامن [٨] وأما اذا وضعت هذه المنقولات بمعرفة المرتهن رهناً حيازياً عقارياً فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص [٩] الا اذا عمل باعتباره وكيلا عن المالك الاصلى [١٠] وعلى ذلك اذا عمل المالك على الانتفاع بها فى غير منفعة العقار عادت الى اعتبارها الأول أى منقولا

---

(١) Fonds rural (٢) دالوز ن ٦٩ (٣) Saisie-gagerie

(٤) د ، ٩٠٥ ، ١ ، ٤٩٩ — س ٩٠٦ ، ١ ، ٤٠١ ومقال Tissier

(٥) ويجب اعتبار هذه المواشى عقاراً بالتخصيص حتى ولو قدرت اثمانها بعقد الايجار ( المادة ٥٠٢ فرنسى فى قولها Estimés ou non ولو ان فى تقديرها ايهاماً بأنها أصبحت ملكا للمستأجر ويتعهد بدفع ثمنها فى نهاية الاجارة فيستطيع دائنوه عندئذ الحجز عليها . أى ان القانون الفرنسى أراد قطع خط الرجعة على احتمال وجود التنازل عن ملكية المواشى من جانب المؤجر الى المستأجر . ولكن يجب مع ذلك أن يلاحظ أنه يجوز للمؤجر والمستأجر الاتفاق على التنازل عن الملكية مقابل دفع الثمن عند نهاية الايجار (٦) دالوز ن ٦١ (٧) دالوز ن ٦٢

(٨) ج ع ٣ ن ٧٧٢ (٩) دالوز ن ٦٣ (١٠) دالوز ن ٦٤

٢ — الادوات الزراعية [1] وهي الادوات المعدة للفلاحة [2] كالنورج والمحراث وغيرها [3]. ويشترط فى ذلك أن تكون هذه الاشياء مخصصة بطريقة دائمة ومستمرة لمنفعة العقار . وأما اذا لم تكن منقطعة لخدمة العقار فلا تعتبر عقاراً بالتخصيص كالمنقولات المعدة لأن تباع مع المحصول . فالأوعية أو البراميل المخصصة لحفظ النبيذ المستخرج من العنب [4] الناتج من أرض معينة يعتبر عقاراً بالتخيص [5] أما اذا أعدت الاوعية لاجل أن تباع مع النبيذ وتسلم معه الى المشترى فلا تعتبر الا منقولا [6]

ويسوقنا الاستقراء فى هذا المنحى من طريق القياس أن نتساءل . ما هو حكم أكياس القطن لدى المزارع ؟ هل تعتبر منقولا دائماً وأبداً أم تعتبر أحياناً عقاراً بالتخصيص ؟ اذا أخذنا بالقياس مع أوعية النبيذ التى تقدم القول فيها عند القضاء الفرنسى لقلنا بأنه اذا أعد المزارع الاكياس لحفظ القطن عنده لا لبيعها مع القطن أعتبرت الاكياس عقاراً بالتخصيص . وأما اذا أعدها لبيعهـا مع الاقطان أعتبرت منقولة . لانه فى الحالة الأخيرة لا تعتبر الاكياس مرصودة على خدمة الارض خدمة مستمرة فى كل سنة .

هذا هو الذى ذكرته المادة المصرية فى اعتبار أدوات الزراعة والمواشى عقاراً بالتخصيص ولم تضف على هذا النوع شيئاً آخر . ولكن المادة الفرنسية ٥٢٤ أضافت الى ذلك أنواعاً أخرى خاصة بالزراعة

وهذه الانواع يجب اعتبـارها كذلك بمصر عقارات بالتخصيص برغم عدم النص عليها مادام أن الاسباب فى العقارية واحدة [7] والانواع الاخرى هى هذه:

---

(١) Matériel agricole (٢) Ustensiles aratoires دالوز ن ٨٣

(٣) والآلة الموضوعة على بئر ارتوازى puits artésien : ج ع ٣ ن ٧٨٠

(٤) Vigne (٥) د ، ٩٠٠ . ٢ ، ٤٤ — كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٥

(٦) د ، ٩٠٣ ، ٢ ، ٢٤٩ ومقال Valéry — كابتان ج ١ ص ٦٨٥

(٧) دى هلس ج ١ ص ٢٠٩ ن ٢٤

٣ — التقاوى[١] المعطاة من المالك للمستأجر منه[٢] أو لشريكه فى الزراعة أى المستأجر مزارعة[٣] . ويلاحظ أنه بوضع التقاوى بالارض تصبح عقـاراً بطبيعته

٤ — التبن والسماد[٤] مادامت انها معينـة لخدمة العقار أما التبن والسماد الناتج من الاصطبلات[٥] الموجودة بالمدن فانها تعتبر منقولة[٦]

---

(١) Semences (٢) Fermier

(٣) Colon partiaire أى Bails à l amodiation جرانمولان فى العقود ص ١٥٤ ن ٩

(٤) Pailles et engrais (٥) Écuries (٦) على أنه لابد هنا من ملاحظتين

١ » يظهر انه ليس من الضرورى أن تخضع عقـارية التبن والسماد الى شرط وضعها بمعرفة المالك نفســه ، ذلك لانه من البديهى أن التبن والتقاوى لا بد من تجديدهما كلما استهلكا بمعرفة المستأجر . وألزم القانون الفرنسى بالمادة ١٧٧٨ مدنى المستأجر بأن يترك فى نهاية الاجارة التبن والسماد الناتجين من آخر سنة للعقد

نعم وان كان لا يوجد لهذه المادة مثيل بالقانون المصرى الا أنه يلاحظ أن هذا القانون قرر بالمادة ٣٨٧ /٤٧٢ مدنى بأنه « يجب على مستأجر الارض للزراعة الذى قاربت مدة ايجاره على الانتهاء أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيأة الارض للزراعة والبذر مالم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك » وهذه المادة المصرية أوجزت ما قررته المادتان ١٧٧٧ و ١٧٧٨ الفرنسيتان ( جرانمولان فى العقود ص ١٥٥ ن ٤٣٣ ) والمسئلة ترجع للعرف الزراعى وما جرت عليــه العادة لدى المزارعين

وقرر القضاء الفرنسى ( د ، ٨٣ ، ١ ، ٢١٣ — س ٨٤ ، ١ ، ٣٨٣ ) أن التبن والسماد الموضوعين بالارض بمعرفة المستأجر يجب اعتبارهما عقاراً بالتخصيص سواء كان تركهما بالارض راجعاً الى المادة ١٧٧٨ المذكورة أو الى شرط بعقد الايجــار . على أن كولين وكابتان ( ج ١ ص ٦٨٦ ) يلاحظان بأنه لا محل للقول بهـذا الاستثناء للقاعدة القائلة بوجوب التخصيص بمعرفة المالك لان التبن والسماد اللذين عمل المستأجر على الحصول عليهما انمــا هما مرصودان على خدمة العقار بارادة المالك نفسه ، وهو المالك الذى ألزم المستأجر بذلك . وهذه الارادة اما صريحة اذا وجد لها شرط بعقد الايجار واما ضمنية مؤيدة بنص المادة ١٧٧٨ المذكورة عند عدم النص عليها بالعقد . هذه هى الملاحظة الاولى — دالوز ن ٩٥ — ١٠٠

٢ » وأما الملاحظة الثانية فهى أن التبن والسماد يعتبران تابعين Accessoire للارض ، باعتبار الارض كلا واحداً ، ولا يعتبران تابعين لجزء من الارض . وعلى ذلك تترتب نتائج كثيرة . منها أنه اذا باع المالك جزء من الارض فلا يكون للمشترى الحق فى الاصل بالمطالبة بجزء من هذا التبن والسماد بقدر الجزء المبيع له من العقار الا اذا حصل الاتفاق صراحة أو ضمناً على ما يخالف

٥ — الحيوانات غير المنزلية [١] : وهى الحيوانات التى تعيش فى الارض بحرية مطلقة . وقد سردها القانون الفرنسى بالمادة ٥٢٤ منه وهى : « حمام الابراج [٢] وأرانب الاوكار [٣] وأسماك البرك [٤] وخلايا العسل » [٥] ( مع النحل ) [٦] . وما دام أن هذه الحيوانات تابعة للارض فهى ثابتة بالتخصيص . ذلك لان ما يملكه المالك انما هو الاوكار والبرك والابراج والخلايا لا الارانب والحمام والاسماك والنحل . وعلى العكس من ذلك فانه يعتبر منقولا الحمام المحبوس فى الاقفصة والارانب المرباة خاصة والاسماك الموضوعة فى أحواض معينة [٧]

ويلاحظ أن ماورد بالمادة ٥٢٤ الفرنسية المذكورة لم يأت على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وعلى ذلك تعتبر خلايا دود القز عقاراً بالتخصيص [٨]

## ب — المحلات الصناعية

٢٠ — الأدوات والمهمات اللازمة للامكنة الصناعية [٩] أموال ثابتة بالتخصيص ( المادة ٤/١٨ مدنى و ٥٢٤ فرنسى ) سواء كان المكان الصناعى مصنعاً [١٠] أو معملا [١١] مادام أن المشتغل بالصناعة هو المالك للمكان نفسه [١٢] وعلى ذلك تعتبر مالا ثابتاً الآلات البخارية والمراجل والسكك الحديدية اللازمة

---

ذلك . وثانياً اذا فرض وبيعت الارض على جملة قطع En lots فان التبن والسماد يبقيان فى ملكية البائع مادام انه لايمكن معرفة أى القطع يتبعها التبن والسماد (د ٩٨، ٢، ٢٥ ومقال De Loynes — كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٦

(١) Animaux non domestiques

(٢) Pigeons des colombiers (٣) Lapins des garennes

(٤) Poissons des étangs (٥) Ruches à miel (٦) Abeilles

(٧) ويلاحظ بشأن هذه الحيوانات أنها لا تعتبر فى حكم العقار الا لانها تابعة للعقار ذاته لا لكل العقار بأجمعه بل تابعة لجزء من العقار وهذا على خلاف ما رأيناه بشأن التبن والسماد . وعلى ذلك اذا باع المالك برجا أو وكراً أو مستنقعاً فلا يكون من المعقول فى هذه الحالة أن يقال بأنه ليس للمشترى الحق فى الانتفاع بالحمام والارانب والاسماك الا بالقدر المناسب لما اشتراه أو أن البائع يحتفظ لنفسه بملكيته خاصة لهذه الحيوانات

(٨) كابتان ج ١ ص ٦٨٦ (٩) Établissement industel

(١٠) Manufacture (١١) Atelier أو Usine (١٢) ج ع ٣ ن ٧٧٨

للمصنع [١] وكذلك الخيول والعربات المعدة لنقل مصنوعات المصنع [٢]. ويلاحظ أن القانون المصرى ذكر كلمة المهمات [٣] وجعلها فى عداد العقارات بالتخصيص. ويراد بالمهمات كل متاع من شأنه أن يكون ذا أثر فى ادارة المصنع وعلى ذلك يعتبر الفحم اللازم لادارة الآلة البخارية للمصنع وكذلك الشحم من العقارات الحكمية [٤]

## جـ — المحلات التجارية

**٢١** — وبرغم أن القانون لم يشر الى هذه الامكنة التجارية [٥] الا أن الآراء متفقة على الحاقها بالامكنة السابقة الزراعية والصناعية. وعلى ذلك يعتبر فى عداد العقارات بالتخصيص الادوات اللازمة لاستغلال المحل التجارى مثل العدادات والمقاعد والخيول والعربات وأمتعة الفنادق وأمتعة المسارح على اختلاف أنواعها [٦]

هذا ولا بد أن تلحق بالمحلات التجارية بيوت الاستغلال كما ذكرنا. وعلى ذلك يعتبر فى عداد العقارات التبعية المنقولات التى أرصدها المالك على خدمة البيت ومنفعته كالصاعد والتلفون وبساط السلم والادوات المتحركة لفتح وغلق الدكاكين وأحواض الاستحمام وأدوات قضاء الحاجة وأدوات الحمامات بالمنازل [٧]. هذا ويجب ملاحظة عدم الخلط بين هذه الاشياء والاشياء الاخرى الموجودة بالمنزل نفسه ولكنها مندمجة به كل الاندماج أو متصلة به كل الاتصال لانها أصبحت عقارات بطبيعتها كالشبابيك والابواب والمداخن. كذلك لا يجوز

---

(١) د ٩١٤، ٢، ٨٠ — س، ٢، ٩٠٣، ٢، ٢٤٩ ومقال Valéry دالوز ن ١٠٧

(٢) راجع مع ذلك دالوز ن ١١٢. والآلات وستائر الزينة وادوات الزينة بالمسارح تعتبر كذلك عقارات بالتخصيص : دالوز ن ١٠٨ (٣) Provisions

(٤) وهذا على عكس ما يقوله الفقه الفرنسى (دالوز ن ١١٣) لعدم وجود النص الصريح بفرنسا

(٥) Établissement commercial

(٦) د ٩٢، ٢، ٥٥١ — كولين وكابتان ج ١ ص ٦٨٧ (٧) دالوز ن ١١٥

خلطها أيضاً مع أمتعة المنزل المسكون[1] وهى الامتعة التى يضعها عادة مالك البيت فى مسكنه المعد له خاصة كالاسرة والمراتب والمقاعد والكراسى والابسطة وغير ذلك لانها تعتبر منقولة بلا جدال[2]

هذا وقد رأينا أن المادة ٥٢٤ فرنسى جاءت على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر . وقد فعل الشارع المصرى خيراً فى اطلاق المادة ٤ / ١٨ مدنى اطلاقا عاما . على أنه مع ذلك لا بد فى تقرير العقارية الحكمية للمنقول التابع للمحل الثابت أن يلاحظ فى أن الأشياء الموضوعة بمعرفة المالك فى خدمة العقار يجب أن تكون بالقدر اللازم والضرورى لاستغلال العقار[3] وعلى ذلك لا تعتبر عقاراً بالنسبة للامكنة الموجودة بالمكان[4] الأبسطة والكراسى والصناديق الموضوعة بمعرفة المالك بمنزل الاستغلال على سبيل الزينة والزخرف[5] فوق مصاطب السلم وفى الطرق الموصلة للغرف وفى غرف البوابين ، فهى لا تعتبر عقاراً تبعياً برغم وقفها على خدمة العقار . هذا حكم القضاء الفرنسى . ولكن القضاء البلجيكى كان أصح نظراً عند ما قرر عقارية هذه الامتعة بعد أن صرف النظر عن هذا القيد القائل بانه لا بد فى الأمتعة أن تكون بالقدر اللازم لخدمة العقار الأصلى . ويكفى فى تقرير العقارية أن تكون الامتعة ذات منفعة خاصة للعقار ، أى منفعة حقيقية لا نزاع فيها[6]

وليس من الضرورى لعقارية المنقول التابع للعقار أن يكون فى خدمة العقار الى الابد[7]

---

(١) Meubles meublants (٢) كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٨٧

(٣) س ، ٨٠ ، ١ ، ٤٠٩ ومقال Lyon-Caen — د ، ٨٦ ، ١ ، ١٢٥ — س ، ٨٦ ، ١ ، ٢٠١ — كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٨٧

(٤) Meubles meublants (٥) Luxe

(٦) د ، ٨٩ ، ٢ ، ١١٨ (٧) د ، ٩٠٧ ، ٢ ، ٣٦١ ومقال Poncet

## § ٢ — التخصيص للزينة والزخرف

**٢٢** — رأينا التخصيص المنفعة [١] ولنتكلم الآن على التخصيص للزينة والزخرف [٢] . هذا النوع لم يشر اليه بالمـادة ٤/١٨ المصرية ولكن أشير اليه بالمادة ٥٢٥ الفرنسية . ولا بد من الأخذ به هنا لأن العلة فى التخصيص واحدة . وأشارت المادة الفرنسية المذكورة الى المرايا وألواح التصاوير والتماثيل واعتبرتها فى عداد العقارات الحكمية . ويستفاد من هذه المادة أن هناك شرطين للعقارية الحكمية هذه :

أولا — يجب أن تكون هذه الاشياء موضوعة بمعرفة المالك للعقار بحالة دائمة [٣]

ثانياً — تستفاد حالة الدوام من لصق هذه الاشياء بالعقار لصقاً محكما بحيث يترتب على فصلها خدش الحيطان وتكسرها مع تشويهها . أى أنه يجب فى الاتصال أن يكون اتصالا مادياً الى حد اندماج المنقول فى العقار

على أن المادة ٥٢٥ الفرنسية لطفت من شدة الشرطين فى حالتين

١ ) قالت : « وتعتبر المرايا الموجودة بالمنازل موضوعة بها بصفة دائمة اذا كانت الاخشاب الموضوعة بها متصلة مع أخشاب البيت . وكذلك الحال بالنسبة لالواح التصاوير وما تزين به من الاشياء الاخرى للزينة »

هذه الاشـياء تعتبر عقاراً بالتبعية ، مع أنه من السهل فصلها عن العقار . ولكن بعد فصلها يحدث فراغ بالعقار ينم عن وجودها من قبل

٢ ) وقالت المادة : « وأما التماثيل [٤] فانها تعتبر عقاراً اذا وضعت بمكان فى الحائط أعد لها خاصة ولو لم يترتب على رفعها منه تلف للحائط »

ويلاحظ الناقدون الفرنسيون على شارعهم أنه ما كان له أن يضع المادة ٥٢٥

---

(١) Destination utilitaire
(٢) Destination somptuaire
(٣) à perpétuelle demeure
(٤) Statues

المذكورة لأن هذه الاشياء لم تخرج عن كونها عقاراً بطبيعته حتى ولو وضعها غير المالك . ويظهر أن الشارع المصرى قد لاحظ ذلك فأبى نقل هذه المادة . وخيراً فعل

هذا وقد توسع القضاء الفرنسى فى بيان المعنى المستفاد من المادة ٥٢٥ المذكورة اذ قرر بأنه ليس من اللازم أن تكون للمرايا مكان خاص بالحائط بل يكفى ان تكون النية المقصودة من المرايا قائمة بمجرد وضعها بالحائط دون أن يكون لها محل خاص بالحائط [١] وذلك تبعاً لرقى المدنية فى الوقت الحاضر عما كانت عليه وقت وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ . على أن القضاء الفرنسى لا زال متردداً فى تحديد المعنى الصحيح من المادة ٥٢٥ اذ يشترط فى بعض الأحيان أن تكون المنقولات متصلة اتصالا محكما مادياً بالعقار والا ظلت منقولة [٢] ولكن رجال الفقه احتجوا عليه ورأوا أنه ليس من الضرورى اشتراط شرط الاتصال المادى المحكم لأن المدنية آخذة فى الانتشار . وما كان فى الزمن الماضى من أدوات الزينة والزخرف أصبح الآن من الأدوات الضرورية اللازمة للحياة[٣]

### ٣ ) فى العقار بالانطباق

**٢٣** — العقار بالانطباق [٤] هو جميع الحقوق العقارية [٥] ما عدا حق الملكية [٦] وقد نصت على عقارية هذه الحقوق المادة ٢ / ١٦ مدنى فى آخرها كما رأينا

وتندمج هذه الحقوق العينية فى العقارات المتوقعة عليها سواء كانت العقارات عقارات بطبيعتها أو منقولات أصبحت ثابتة [٧] . وعلى ذلك تعتبر عقارات بالانطباق ما يأتى : ( المادة ٥٢٦ فرنسى )

(١) د ، ١٩٠٦ ، ٢ ، ٣٦٦ — س ، ١٩٠٥ ، ٢ ، ٢٧٩ — د ، ١٩٠٠ ، ٢ ، ٤٤٧

(٢) س ، ١٩٠٥ ، ٢ ، ٢٧٩ (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٩٠

(٤) Immeuble par l'objet auquel il s'applique

(٥) Droits immobiliers (٦) Propriété (٧) Meubles immobilisés

١ ) جميع الحقوق العينية المتوقعة على العقار ما عدا الملكية وهى :
١ — الحقوق العينية الاصلية [١] وهى حق المنفعة وحق الاستعمال [٢] وحق السكنى [٣] وحقوق الارتفـاق [٤] وحق الايجار لمدة طويلة [٥] وحق استغلال سطح الارض [٦]

٢ — الحقوق العينية التبعية[٧] : الرهن التأمينى[٨] والرهن الحيازى

٢ ) الديون العقارية [٩] . والاصل فى حق الدائنية[١٠] أن يكون منقولا على الدوام تقريباً لان حق الدائنية هو الزام المدين بواحد من ثلاثة : اجراء عمل ، والامتناع عن اجراء عمل ، وتسليم شيء من الاشياء

فاذا تعلق حق الدين بعمل أو الامتنـاع عن عمل اعتبره الشارحون فى جميع الازمان منقولا لان العبرة فى ذلك ترجع لا الى الشيء الموعود به بل الى نفس العمل الذى تعهد به الملتزم . والعمل فى ذاته محل الدين لا يمكن ادراجه فى عداد الاموال الثابتة فاذا تعهد مقاول ببناء عمارة اعتبر التزامه منقولا مع أن التزامه يستحيل فى النهاية الى انشاء العمارة . ذلك لان التزام المقـاول يتكون من جملة أعمال متتابعة : عمل رسم والاتفاق مع مقاولين آخرين لاحضار عمال أو أدوات وهكذا . وعلى ذلك لا يعتبر محل الالتزام العمارة نفسها بل محله مايصرفه المقاول من المجهودات حتى تمام انشاء العمارة

وأما اذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء من الاشياء فيظهر لاول وهلة أن الحق يعتبر حقا عقاريا اذا كان الشيء عقاراً. ولـكن الواقع على خلاف ذلك . فاذا فرضنا وباع بائع عقاره قبل صدور قانون ٢٦ يونيو سـنة ٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ انتقلت الملكية فى الحال من البائع الى المشترى وأصبح هـذا الاخير مالـكا

---

(١) Principaux (٢) Usage
(٣) Habitation (٤) Servitudes (٥) Emphytéose او الحكر الفرنسى
(٦) Superficie (٧) Accessoires (٨) Hypothèque
(٩) Créances immobilières (١٠) Dr. de créance

لا دائناً بالملكية . وعلى ذلك لا يعتبر محل حق الدائنية فى هذه الحالة هو العقار بل يعتبر الحق قد انقضى وزال بمجرد ظهوره ، أى ظهوره وزواله كانا متلازمين وواقعين فى لحظة واحدة . فاذا علم ذلك فما هو اذن التزام البائع وفيما ينحصر ؟ ينحصر التزامه فى تسليم العقار أى تمكين المشترى من وضع اليد . وقد رأينا أن الالتزام باجراء عمل هو فى عداد المنقولات

ولكن تتغير الحال فيما اذا كان المشترى لا يصبح مالكا لساعته العقار الذى اشتراه . فاذا باع له البائع ١٠٠ متر مربع من الارض يستلمها المشترى فى قطعة معينة فلا يعتبر المشترى مالكا لها طالما لم تتعيين المائة متر . انما يعتبر دائنا بالعقار الذى ستنتقل ملكيته اليه عند تعيين المائة متر . فى هذه الحالة وفيها فقط يعتبر حق الدائنية حقاً عقاريا

أما بعد قانون ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ فان الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية لا تنتقل الا بالتسجيل لا بمجرد الاتفاق . وعلى ذلك يعتبر حق المشترى قبل البائع مجرد حق دائنية ، أى حق منقول سواء كان المبيع معيناً تعيينا نافيا للجهالة او تقدر ولم يتعين بعد ( المادة الأولى من القانون المذكور )

وهناك حق عينى آخر بالانطباق وهو حق جُعل المنجم [١] أى المبلغ الذى يدفعه المنتفع بالمنجم [٢] الى مالك سطح المنجم

٣ ) الدعاوى العقارية [٣] أى الدعاوى التى ترفع للمطالبة بتثبيت ملكية المدعى للعقار ( المادة ٥٢٦ فرنسى ) [٤]

وهذه الدعاوى العقارية على نوعين :

١ ) الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية [٥] وهى : —

دعوى تثبيت الملكية للعقار [٦] وهى التى يرفعها المالك للعقار على المغتصب له

(١) Redevance minière
(٢) Concessionnaire
(٣) Actions immobiliéres
(٤) دالوز ن ١٦١ — ١٦٧
(٥) Droits réels immobiliérs
(٦) Action en revedication

ودعوى المنتفع بالعقار [١] التى يرفعها من له حق الانتفاع بالعقار [٢] للمطالبة بحقه

ودعوى صاحب حق الارتفاق [٣] التى يرفعها لتأييد حق الارتفاق . وتسمى دعوى تأييد حق الارتفاق [٤]

ودعوى الدائن المرتهن رهناً تأمينياً ضد الغير الحائز للعقار لاكراهه على دفع الدين أو التخلى عن العقار [٥]

هذه الدعاوى المتقدمة والمتعلقة بالملكية العقارية وبالحقوق الاصلية العينية المتوقعة على العقار تنقسم هى الاخرى الى طائفتين : دعاوى الملكية [٦] ودعاوى وضع اليد [٧] وسنبين ذلك فيما بعد

٢ ) والنوع الثانى للدعاوى العقارية الدعاوى التى ترمى الى رد العقار الى مال المدعى وهو دعوى الفسخ [٨] أو دعوى الالغاء [٩] . وهى الدعاوى التى يرمى بها المدعى الى الغاء العقد الصادر منه بشأن العقار ورد العقار اليه . وكذلك أيضاً دعوى ابطال تصرفات المدين [١٠]

ويسمى هذا النوع الاخير من الدعاوى فى قانون المرافعات بالدعاوى المختلطة [١١] لانها مع كونها ليست دعاوى عينية [١٢] ولكنها تنتهى فى النهاية الى الغاء نقل الملكية الحاصل من قبل

---

(١) Action confessoire (٢) Usufruitier

(٣) Bénéficiaire d'une servitude (٤) Ac. confessoire

(٥) Delaissser (٦) Actions pétitoires

(٧) Actions possessoires

(٨) Actions en rescision أو Action en résolution

(٩) Action en nullité (١٠) Action en révocation

(١١) Actions mixtes (١٢) Actions réelles

## ٤ ) العقار باقرار المالك

**٢٤** — العقارات باقرار المالك هي عبارة عن بعض الديون المنقولة [١] قرر لها القانون الفرنسي العقارية المجازية وهي سندات بنك فرنسا . وتحصل العقارية باقرار يثبت في سجلات البنك . والغرض من العقارية هذه التمكن من رهنها رهناً تأمينياً وجعلها أداة للترويج في مجال المعاملات . وجرت العادة على عدم حصول الاقرار بل يكتفي حامل السندات برهنها رهناً حيازياً [٢]

# في المنقولات

**٢٥** — قالت المادة ٨/١٥ مدني بأن الاموال تنقسم الى منقولة وثابتة وبعد أن بين الشارع العقار بوجه عام بالمادة ٢/١٦ مدني جاء وقرر بالمادة ٣/١٧ مدني ما يأتي : « ما عدا ذلك من الاموال يعد منقولا والتعبير في القانون بلفظ أمتعة [٣] وأشياء منقولة [٤] وأموال منقولة [٥] يشمل بلا فرق جميع المنقولات » أي ما لم يكن عقاراً يعتبر منقولا . على أن الشارع الفرنسي أفرد باباً خاصاً للمنقول ( المواد ٥٢٧ — ٥٣٦ ) أتى فيه على ايضاح واف لهذا القسم من الاموال [٦]

والاموال المنقولة اما منقولة بطبيعتها واما بحكم القانون (المادة ٥٢٧ فرنسي)

## ١ ) الاموال المنقولة بطبيعتها

**٢٦** — الاموال المنقولة بطبيعتها هي المنقولات المادية [٧] أو بعبارة علمية أصح هي حق الملكية على المنقولات المادية

(١) Créances mobilières
(٢) Ciage
(٣) Mobilier
(٤) Effets mobiliers
(٥) Biens meubles
(٦) دالوز ن ٢٠٣ — ٢٢٢
(٧) Meubles corporels

ويدخل فى هذه الطائفة جميع الاجسام [١] التى تنتقل من مكان الى آخر وهى اما أن تتحرك بنفسها كالحيوانات أو أنه لايمكن نقلها من مكان الى مكان الا بواسطة قوة خارجية كالاشياء الجامدة [٢] ( المادة ٥٢٨ فرنسى )

وتعتبر منقولا أيضاً « المراكب الكبيرة والصغيرة والسفن والطواحين والحمامات المنشأة على المراكب وبوجه عام جميع المعامل التى لم تثبت بأعمدة مركزة بالأرض والتى لم تكن جزءاً من منزل » ( المادة ٥٣١ فرنسى )

وكذلك « المواد الناتجة من هدم العمارة أو المواد المجموعة لاجل اقامة بناء جديد فانها تعتبر منقولة حتى تدخل فى البناء بمعرفة عمال البناء » ( المادة ٥٣٢ فرنسى ) لأن المواد الأولية للبناء تظل حافظة لكيانها باعتبارها منقولا حتى تدخل فى البناء ذاته فتفقد ذاتيتها وتزول عنها صفة المنقول وتصبح عقاراً عندئذ بطبيعته

## ٢ ) الاموال المنقولة المعنوية
## أو المنقولة بحكم القانون

**٢٧** — تحتوى هذه الطائفة على جميع الحقوق المنقولة خلاف حق الملكية وهى على جملة أنواع :

١ ) الحقوق العينية المتوقعة على المنقولات والدعاوى القضائية التى ترمى الى طلب تثبيت ملكية منقول أو طلب رد المنقول الى مال المدعى

٢ ) الحقوق الخاصة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية

٣ — الوظائف المحتكرة بفرنسا [٣]

٤ — المحلات التجارية [٤]

٥ — حقوق الدائنية [٥]

---

(١) Corps (٢) Choses inanimées (٣) Offices ministériels
(٤) Fonds de commerce (٥) Créances

٦ — المرتبات
٧ — حصص الشركاء في شركة تجارية أو مدنية
ونتكلم على كل واحد من هذه الانواع :

## ٣) في الحقوق والدعاوى المتعلقة بالمنقولات

**٢٨** — تشتمل هذه الطائفة على ما يأتي :

**٢٩** — ١) الحقوق العينية المتوقعة على المنقولات ماعدا حق الملكية ، مثل حق الانتفاع بمنقول

٢) الدعاوى القضائية [1] وهي منقولة في حالتين :

أولا — اذا كان الغرض منها طلب تثبيت الملكية لمنقول كما اذا كان المنقول مسروقا أو ضائعاً أو كان الغرض منها تثبيت حق عيني للمدعى على المنقول خلاف حق الملكية كدعوى المنتفع بمنقول أو دعوى الدائن المرتهن رهنا حيازيا والتي يرفعها على الغير ويطلب فيها رد المنقول المرهون اليه في حال سرقته أو ضياعه أو اغتصابه

ثانياً — اذا كان الغرض منها الحصول على منقول . ويدخل في ذلك دعوى المطالبة بتأييد حق الدائنية المنقول [2] ودعوى فسخ أو الغاء عقد خاص بنقل ملكية منقول ودعوى ابطال عقد بالتصرف في منقول [3]

وكان الاجدر بدلا من تسمية هذه الطائفة بالمنقول بحكم القانون أن تسمى بالمنقولات بالانطباق قياساً على العقارات بالانطباق

وما القول بشأن المستأجر الذى يبنى في العقار المؤجر له فهل نعتبر حقه اثناء

(١) Actions en justice (٢) Créance mobilière
(٣) وكذلك دعوى البانى فى أرض الغير سواء كان حسن النية أو سيئها : دالوز براتيك ج ٢ ص ٩٢ ن ١٩

قيام الاجارة حقا عقاريا أو منقولا ؟ وللتفرقة نتائج هامة فيما يتعلق بجواز رهن العقار بمعرفة المستأجر رهناً تأمينيا وغير ذلك . وقال البعض بان حقه منقول مادام أن الحق المتولد عن عقد الايجار منقول . وقال البعض الآخر العكس بانه يجب الرجوع فى ذلك الى غرض المتعاقدين فى عقد الايجار (١) على أن حق المستأجر فى آخر الاجارة حق منقول (٢) ويغلب اعتبار المستأجر فى هذه الحالة كمن بنى فى أرض غير مملوكة له (٣) والعبرة على كل حال ترجع الى ما يتفق عليه المؤجر والمستأجر فى نهاية الاجارة فى أن يضم البناء لمال المؤجر أو لمال المستأجر (٤)

## ٤ ) حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية

**٣٠** — أشار القانون المصرى الى هذه الملكية بالمادة ١٢ مدنى أهلى ( ولا نظير لها بالمختلط ) فى قوله : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » والقانون الخاص هذا لما يصدر بعد وقد طال أجل انتظاره . وحق الملكية هذا هو ما يستفيده صاحبه ماليا من طبع مؤلفه أو من طبع ما يتخيله من الصور أو من صنع الاشياء بناء على طريقة يبتكرها هو أو من يبيعه لحق اعادة الطبع والنشر والصناعة . وقصارى القول ينحصر هذا الحق فى انه احتكار لاستغلال معين (٥) يختلف عن الملكية فى أنه على الاقل حق مؤقت لا دائم . ولذا نقد الشارحون تسمية هذا الحق بالملكية (٦) على أن الآراء متفقة على اعتبار هذا الحق فى عداد المنقولات باعتبار أنه يستحيل فى النهاية الى مبلغ من النقود (٧)

---

(١) داللوز براتيك ن ٢٠ (٢) داللوز براتيك ن ٢٣ (٣) قارن جرانمولان فى العقود ص ١٤٠ ن ٣٨٩ - وقارن المادة ٣٩٤ / ٤٨١ مدنى الخاصة بالمغروسات

(٤) وللضم هنا اثر رجعى بالنسبة لمن ضم اليه داللوز ن ٢٤ — وأما بشأن المحتكر الذى يبنى فى أرض محكرة انظر مرجع القضا ـ ج ٢ ن ١٨٧٤

(٥) Monopole d'exploitation (٦) كولين وكابيتان ج ١ ص ٦٩٤

(٧) داللوز ن ٢٠١

## ٥ ) فى الوظائف المحتكرة

**٣١** — الوظائف العمومية المحتكرة بفرنسا هى عبارة عن حق بعض أفراد كالموثقين والمحامين لدى محكمة النقض والابرام والمحضرين والكتبة والسماسرة فى أن يقدموا خلفهم الى الحكومة لتقره وأن يتقاضوا منه مبلغاً ثمناً للصفقة وتقرر هذا النوع من الاحتكار بفرنسا بقانون سنة ١٨١٦ أملا فى معالجة الحالة المالية عقب تصفية حروب نابليون . على أن الثورة الفرنسية قضت على هذا النوع من الاحتكار. وكانت هذه الوظائف معدودة قبل الثورة فى عداد العقارات المجازية وأصبحت الآن منقولة

## ٦ ) المحلات التجارية

**٣٢** — يتكون المحل التجارى من جملة عناصر :
الاشياء المادية وهى البضائع ومهمات المحل وأدواته . ومن أشياء غير مادية[١] كالعملاء جملة[٢] واسم المحل[٣] والحق فى التأجير ( لما للتأجير فى المحلات التجارية من الاهمية الخاصة كالقهاوى والمطاعم ) . وشهادات الاختراع[٤] وعلامات المصنع

وتعتبر هذه العناصر بوجه عام كلا واحداً . وهذا الكل الواحد يعتبر شيئاً ماديا[٥] وهو المحل التجارى[٦] ويدخل فى طائفة المنقولات[٧]

**٣٣** — وهناك رأى آخر . ومع بساطته فانه يقرب من الحقيقة . اذ لا يعتبر المحل التجارى كائناً قانونياً[٨] أى شيئاً مكوناً من جملة أشياء . بل يرى أن كل

---

(١) Biens non matériels (٢) Clientèle
(٣) Enseigne (٤) Brevets d'invention
(٥) Bien corporel (٦) Fonds de commece
(٧) ليون كان مع رينو موجز القانون التجارى الطبعة التاسعة ن ٤٣٢ . ومطول القانون التجارى الطبعة الرابعة ج ٣ ن ٢٤٠ وما بعدها (٨) Universalité juridique

شىء يتكون منه المحل التجارى مستقل بذاته وحافظ لكيانه الذاتى . نعم ولو أنه يمكن جمع هذه الاشياء المكونة للمحل التجارى والتصرف فيها صفقة واحدة كبيع المحل التجارى أو رهنه ، الا أنه مع ذلك يمكن التصرف فى كل منها على حدة باعتبار كل عنصر من عناصره متميزاً عن بقية العناصر الاخرى . أى يجوز بيع العنصر الواحد ورهنه دون العناصر الاخرى . وعلى ذلك ليس جائزاً القول بتقرير مبدأ اللاقابلية للقسمة على هذه العناصر المختلفة [١] . وعلى هذا الرأى الأخير لا يعتبر المحل التجارى شيئاً واحداً فقط بل مجموعة من جملة أشياء وبناء عليه لا محل لدرج المحل التجارى ضمن طائفة العقارات أو المنقولات . ويصح اعتباره كثروة الانسان أو ماله [٢] . ومعلوم أنه لا يمكن المجازفة بالقول فى أن ثروة الانسان عقارية أو منقولة كما فى حالة التركة الموروثة أيضا [٣].

على أن الرأى العلمى الذى جرى عليه فقهاء القانون من زمن هو اعتبار المحل التجارى فى عداد المنقولات . وقد أقر هذا الرأى علماء الوقت الحاضر وقضاء المحاكم أيضا . ولقد غلا بعض رجال الفقه وأيدهم فيه حكم من أحكام القضاء الفرنسى من حيث اعتبار المحل التجارى فى مجموعه كائناً قانونياً [٤] الى القول بأنه فى الاحوال النادرة التى يحصل استغلال المحل التجارى بعمارة [٥] مهيأة له خاصة ومملوكة لنفس التاجر ، يجب اعتبار نفس هذا العقار جزءاً من المحل التجارى وعنصراً من عناصره ، أى يجب اعتباره فى هذه الحالة منقولا [٦] وهذا الرأى على ما فيه من رجاحة المنطق المؤكد فانه يظهر للعيان مبلغ ما يشوبه من العيوب الظاهرة فى جعل المحل التجارى شيئا غير قابل للتجزئة ودرجه ضمن طائفة المنقولات بحكم القانون

(١) تالير . موجز القانون التجارى الطبعة الرابعة سنة ١٩١٠ ن ٨٦ ومابعدها — دالوز ن ٢٠٢
(٢) Patrimoine (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٩٦
(٤) Unité juridique (٥) Immeuble
(٦) د ، ٩٩ ، ١ ، ٣٥٣ — د ، ٩٠٣ ، ٢ ، ٢٤٩ ومقال Valéry

## ٧) حقوق الدائنية

٣٤ – قلنا ان حقوق الدائنية [١] ما عدا بعض الحقوق النادرة وهى حقوق الدائنية العقارية ، هى حقوق منقولة دائما لأن محلها فى الغالب تسليم منقول ولانه فى حالة ما اذا كان محل الالتزام التعهد بعمل أو الامتناع عن عمل فان هذه الالتزامات ما دام أنها ليست عقارية فهى لا بد أن تكون حتما فى عداد المنقولات ما دام أن الاشياء لا تخرج فى تقسيمها عن كونها اما عقارات أو منقولات . وقد وردت هذه الحقوق بالمادة ٥٢٩ فرنسى بطريقة عاب عليها الشارحون كيفية صيغتها . واتفقوا على أن هذه الحقوق هى ما يأتى :

١) حقوق الدائنية بالقيام أو الامتناع عن عمل

٢) الديون الحالة [٢] أو التى ستحل بعد

٣) سندات الشركات التجارية [٣]. والسندهو غير السهم [٤] ولا تصدره الشركة الا عند ما تشعر بحاجة الى المال فتقترض وتقسم مبلغ القرض الى جملة سندات وتعرضها فى أسواق الاكتتاب . وتتعهد بدفعها فى أوقات معينة والغالب أن يكون الدفع بالاقتراع والسحب سنويا

## ٨) المرتبات

٣٥ – المرتبات أو الايرادات [٥] وردت بالمواد ٤٧٩/٥٨٣ – ٤٨١/٥٧٩ مدنى وهى تتعلق بالعقود المسماة وتشرح معها

## ٩) حصص الشركاء فى الشركات المدنية والتجارية

٣٦ – الشركة كما نعلم عقد يتفق فيه شخصان أو أكثر على جعل شىء ملكا مشتركا بينهم واقتسام غلته التى يمكن أن تنتج منه . وعلى ذلك يجب على

(١) Créances (٢) Exigibles (٣) Obligations
(٤) Action (٥) Rentes

كل عضو أن يقدم حصته للشركة [١] وبذلك يصبح مالكا لجزء من رأس مال الشركة [٢] متناسباً مع حصته . وتسمى حصته سهماً [٣] اذا كانت الشركة مكونة من أسهم ( كشركة المساهمة وشركة التوصية المساهمة ) وتسمى الحصة فى الشركات الاخرى (كالشركات المدنيـة وشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة ) نصيباً [٤] وأشارت المادة الفرنسية ٥٢٩ الى هذين النوعين

ويختلف السهم [٥] عن النصيب [٦] فى جملة مسـائل وأهمها أن السهم جزء من رأس مال الشركة قابل للتحويل بين الاحياء وللتوارث بعـد الوفاة . ولذا لا تنحل شركة المساهمة بموت أحد المسـاهمين . ويجوز للمساهمين التصرف فى أسهمهم . وعلى العكس من ذلك شركات الاشخاص أو شركات الانصبة [٧] فانه يترتب على موت أحد الاعضـاء انحلال الشركة . ولذا يقال أحياناً بأن شركات الانصبة شركات أشخاص [٨] وأن شركات المساهمة شركات رؤوس أموال [٩]

أما حصص الشركاء فى الشركات مهمـا كانت أنواع الحصص من أسهم أو أنصبة فانها تعتبر منقولة حتى ولو كان رأس مال الشركة مكوناً من عقارات أى لو كانت ثروة الشركة أموالا ثابتة

وعلى ذلك يقولون فى العـادة ان حصة الشريك تعتبر منقولا لان الشركاء لايعتبرون فيما بينهم مالكين على الشيوع للعقارات المكونة لثروة الشركة ولان هذه العقارات هى ملك خاص للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً مستقلا بذاته [١٠]

---

(١) Apport
(٢) Capital social
(٣) Action
(٤) Intérêt
(٥) Action
(٦) Intérêt
(٧) Sociétés par intérêts
(٨) Société de personnes
(٩) Société de capitaux
(١٠) Personne juridique ويستند هذا الرأى الى الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسى. ذلك أن الخطيب Goupit - Prefeln قال فى معرض شرح المـادة ٥٢٩ المذكورة ما يأتى : « وكل شركة تعتبر شخصاً أدبياً يقوم بادارة شؤون الشركة . وليس لـكل شريك الحق فى رهن حصته الشائعة فى الشركة Part virile رهناً رسمياً اذا كان رأس مال الشركة مكوناً من عقارات

وعلى ذلك تكون حصة الشريك فى الشركة عبارة عن الحق فى المطالبة بالنصيب فى الارباح والمطالبة بالنصيب فى رأس مال الشركة بعد انحلالها . ولا يعتبر مع ذلك هذا الحق حق دائنية [1] على خلاف سند القرض فى الشركة [2] فانه يعتبر حق دائنية. ذلك لان هناك فروقاً قانونية لا نزاع فيها بين السهم والسند لان صاحب السند [3] دائن وأما المساهم [4] فهو عضو فى الشركة [5] وحق هذا الاخير هو حق خاص قائم بذاته كحق كل عضو فى الشركة [6] وليس هو لا بالحق العينى ولا بحق الدائنية . ولكن اعتباره حقاً منقولا أمر مقطوع فيه [7]

٣٧ — على أن هناك ملاحظتين لا بد منهما :

أولا — أشارت المادة ٥٢٩ فرنسى الى الشركات المالية والتجارية والصناعية ولم تشر الى الشركات المدنية . فهل يستفاد من ذلك أن حكم المنقول لا يسرى فقط الا على أسهم وأنصبة الشركات التجارية ؛ ان حكم المنقول يسرى على النوعين من الشركات التجارية والمدنية ما دام أن القضاء بفرنسا ومصر قرر أن للشركات المدنية شخصية معنوية متميزة عن شخصية أعضائها . لان هذه الشخصية الاعتبارية ضرورة حتمية لطبيعة الشركة [8]

ثانياً — تقول المادة ٥٢٩ المذكورة بأن الاسهم والانصبة تعتبر فى حكم المنقول طالما أن الشركة قائمة . ويستفاد من ذلك أنه اذا انحلت الشركة يصبح

---

وانما للعضو الحق فى المطالبة بنصيبه فى الارباح Dividende طبقاً لعقد الشركة أو المطالبة بحل الشركة أو بتصفية نصيبه فى الشركة . ولكن ما دام أن الشركة قائمة فانه لا يعتبر مالكا لنصيبه فى عقار الشركة يستغله كما يشاء ، بل هو مالك فقط لنصيبه فى قيمة هذا العقار » (كولين وكابتان ج ١ ص ٧٠٣)

(١) Dr. de cr. (٢) Obigation (٣) Obligataire

(٤) Actionnaire (٥) Associé

(٦) Droit sui generis

(٧) س ، ٩٧ ، ٢ ، ٢٤١ ومقال Tissier وانظر Rev. critique. t. 34, p. 135 — كولين وكابتان ص ٧٠٤

(٨) فيما يتعلق بشخصية الشركات المدنية أنظر مقال Meyniat بمجلة س ، ٩٢ ، ١ ، ٧٣

أعضاؤها فى حالة شيوع بالنسبة لأموال الشركة [١] حتى تحصل القسمة وعلى ذلك اذا كان مال الشركة [٢] عقاراً أصبح حق العضو بعد الانحلال حقاً عقارياً ولكن اذا أخذ بهذا التدليل فى فهم المادة ٥٢٩ المذكورة لتعارض ذلك مع الضرورات التى روعيت فى تقرير الشخصية المعنوية للشركة ، ذلك لانه من الاهمية بمكان أن تظل الشركة حافظة لكيانها باعتبارها شخصاً معنوياً أثناء التصفية حتى تبقى أموالها متميزة عن أموال أعضائها وحتى يظل دائنوها حافظين لحقهم فى تقاضى ديونهم من أموال الشركة على هذا الاعتبار الشخصى المعنوى. وعلى ذلك استقر الرأى على اعتبار الشركة ذات شخصية معنوية بعد انحلالها حتى تنتهى عملية التصفية . ويترتب على ذلك أن حق العضو الشريك يظل هو الآخر حقاً منقولا . وليس فى هذا الرأى مخالفة صريحة لنص المادة ٥٢٩ لأن الشركة تعتبر وهى محلولة قائمة وموجودة حتى تتم التصفية

## فى الأملاك العامة

٣٨ — الاملاك العامة [٢] هى الاملاك التى تملكها الدولة [٣] وهى غير الاملاك التى يملكها الافراد . وللحكومة حق استغلالها وادارتها والاشراف عليها ولها حق نقلها الى أملاك خاصة للحكومة أى أملاك حرة ثم التصرف فى هذه الاخيرة كما يتصرف الافراد فى أملاكهم . وللاملاك العامة أحكام معينة بها وهى واردة بالقانون على سبيل الحصر ( ٩ — ١٠ / ٢٥ مدنى و٥٣٧ — ٥٤٣ فرنسى)

## فى أصل التفرقة بين الأملاك العامة والأملاك الخاصة

الاموال الخاصة [٤] هى ما تملكها الحكومة خاصة وتديرها كما يدير الفرد أملاكه ولها بوجه عام حق التصرف فيها وهى فى ذلك لاتختلف فى الظاهر عن

---

(١) Indivision (٣) Avoir social (٢) Biens domaniaux أو Domaine
(٣) Etat (٤) Domaine privé

الاملاك المملوكة للافراد . فالاطيان التى تملكها الحكومة والتى تؤجرها للغير أو تبيعها لهم تعتبر أملاكا حكومية خاصة . وتسرى هنا المبادئ التى قررها القانون المدنى للافراد من حيث تعاقد الحكومة مع الافراد بشأن هذه الاملاك الخاصة

وأما الاملاك العامة [١] فهى الاملاك التى ينتفع بها النـاس كافة كالانهر والترع ومين البحار والطرق والشوارع والميادين العامة وهذه الاملاك لا تخضع لاحكام القـانون المدنى فيما يتعلق بالملـكية . ولا يمكن أن يقال عنها أيضاً بأنها مملوكة للحكومة . ذلك لان الملكية فى ذاتها تتكون من ثلاثة عناصر : حق الاستعمال [٢] وحق الاستثمار [٣] وحق التصرف [٤] وأول هذه العناصر وهو حق الانتفاع لا تملكه الحـكومة بل يملكه الـكافة [٥] أى جميع الناس بمـا فيهم الاجانب . وأما حق التصرف فلا محل له هنا لأنه لما كانت الاملاك العامة وقفاً على خدمة الجمهور فلا يمكن القول بأنها تكون محلا للتصرف فيهـا وتحميلها بحقوق عينية تعطل من منفعتها وتذهب بما وضعت له

٣٩ — وتختلف الاملاك العامة عن الاملاك الخاصة فيما يأتى :

١ ) لا يمكن التصرف فى الأملاك العامة [٦] ( المـادة ٩ / ٢٥ مدنى ) وأما الاملاك الحرة فيمكن التصرف فيها طبقـاً للوائح الادارية التى تسنها لهذا الغرض

٢ ) لا تمتلك الاملاك العـامة بمضى المدة [٧] ( المادة المذكورة ) وعلى العكس من ذلك الاملاك الخاصة اى الحرة فانها تمتلك بالتقادم ( المادة ٢٢٢٧ مدنى وهى تقرر قاعدة عامة )

٣ ) لا يجوز تحميل الاملاك العامة بأى حق ارتفاق ما . وعلى العكس من ذلك الاملاك الخاصة المملوكة للحكومة فانها كأملاك الأفراد سواء بسواء

---

(١) Domaine public (٢) Usus أو Usage

(٣) Fructus أو Recueillir les fruits (٤) Abusus أو Aliéner

(٥) Public (٦) Inaliénables (٧) Imprescriptibles

٤) الاملاك العامة غير قابلة للحجز عليها [١] (المادة ٩ المذكورة) ويلاحظ الشارحون أن هـذه الميزة ليست خاصة فقط بالاملاك العامة بل هي تتمشى أيضاً على الاملاك الخاصة المملوكة للحكومة. ذلك لان المالين يمتزجان ببعضهما البعض فيصبحان وقفاً على المصلحة العامة ولانه في الاصل تحصل تصفيـة ديون الحكومة بطرق خاصة بحيث لا يمكن الالتجاء الى طرق التنفيذ ضد الحكومة. كل ذلك لانه من المفروض أن الحكومة موسرة وليست معسرة

٤٠ — ويظهر أن هذه التفرقة بين الاملاك العامة والاملاك الحكومية الخاصة ليست قديمة وهي من عمل القضاء ورجال الفقه الفرنسي [٢] ولم يرد لها بالقانون الفرنسي نص وكذلك القانون المصرى مع أنه وضع سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ بعدان تقررت التفرقة بفرنسا قضاء وفقها [٣]

٤١ — وجاءت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ وأبقت الاملاك الخاصة بالملك في يده وقررت سـنة ١٧٩٠ بأن الاملاك العامة ملك للامة وانه يجوز التصرف فيها بشروط خاصة. ويراد في ذلك العصر بالاملاك العامة ما كان منها عاماً للدولة وما كان منها خاصاً للحكومة. وهذا الخلط بين الاموال الحكومية العامة

---

(١) Insaisissable (٢) كابتان ص ٧٠٦

(٣) على أن هناك آثاراً تنم أحيانا على قدم نظرية الاملاك العامة ومنها منشور مولين سـنة ١٥٦٦ Édit de Moulin اذ قرر عدم قابليـة الاملاك العامة للتصرف. ولكن تسارع الى ملاحظة أن هذا المنشور ليس خاصاً بما يسمى في الاوقات الحاضرة بالاملاك العـامة بل هو خاص بالاملاك التي يمتلكهـا العرش Domaine de la couronne وهي الاملاك التي يمتلكها الملك لمناسبة توليته عرش الملك باعتباره ملـكا كالاراضي والغـابات والصروح والقصور والاموال التي تتحصل من المصادرة Confiscation وممن لا وارث له بعد الوفاة وهكذا. وهذه الاشياء هي الآن من الاملاك العامة بما فيها الاموال المتحصلة المذكورة اذ تدخل ضمن ميزانيـة الدولة بينما كانت ملـكا خاصاً للملك يتصرف فيها تصرف المالك في ملـكه. ولما رأت المحاكم العليا Cours souveraines بفرنسا خطر هذه الملكية الخاصة على ميزانية الدولة وحاجة الميزانية الى هذا المال كانت تأبى هذه المحاكم تسجيل تصرفات الملك في هذه الاموال وعلى ذلك تقررت القـاعدة الواردة بالمنشور المذكور سنة ١٥٦٦ وتقررت لها استثناءات فيما كان يهبه الملك لافراد أسرته apanage ولمناسبة الحروب. على أن المال الموهوب كان يعود للحكومة بعد وفاة الموهوب له وكان للحكومة حق استرداد الموهوب في الحرب rachat (كابتان ص ٧٠٧)

والاموال الحكومية الخاصة قد تسرب أيضاً الى الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ والى الشارع المصرى سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ ذلك لأن المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى ذكرت بأنه يعتبر من الاملاك العامة « الشوارع والطرق والحوارى والانهار والنهيرات التى يمكن الملاحة فيها والاراضى التى تتكون من طمى البحر [١] ، والاراضى التى تنكشف عنها المياه والمين والمراسى [٢] والموارد [٣] وبوجه عام جميع أجزاء الاراضى الفرنسية التى لا يمكن أن تكون ملكا للافراد » وقد خلطت هذه المادة بين الاملاك العامة والخاصة اذ ذكرت الأملاك العامة صحيحة فيما يتعلق بالشوارع والطرق والموارد والانهار والنهيرات . ولكنها خلطت بعد ذلك فأضافت اليها الأراضى المتخلفة عن الطمى والاراضى التى تنكشف عنها المياه وهى فى الحقيقة من الاموال الحكومية الخاصة . وقد فعلت ذلك أيضاً المادة المصرية ٩/٢٥ مدنى المنقولة عن المادة الفرنسية مع تصرف فى الشكل . ويتجسم الخلط بين النوعين على الاخص بالمادة ٥٣٩ فرنسى اذ قررت « بأنه يدخل فى عداد الاملاك العامة الاملاك التى لا مالك لها والاملاك التى يموت أصحابها بلا وارث لهم أو التى يهملها الورثة ولا يطالبون بها » ولا مثيل لهذه المادة بالقانون المصرى ولكن القاعدة المتبعة بمصر أن الحكومة مالكة للمال الذى لا صاحب له . ويجب على هذا الاعتبار أن يدخل هذا المال بمصر فى عداد الاموال الحكومية الخاصة ما دام انه لم يرد نص صريح بادراجها ضمن الاملاك العامة . وتسرب الخلط الى المادة ٥٤٠ فرنسى فيما يتعلق بالجيش وأسوار الميادين الحربية والقلاع . وهو ظاهر أيضاً بالمادة ٩/٢٥ مدنى المذكورة . وربما كان الخلط أظهر فى المادة ٩/٢٥ مدنى المصرية بفقرتها الثامنة حيث جعلت فى عداد الاملاك العامة « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة ولى الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية »

---

(١) Lais (٢) Havres (٣) Rades

ومع وجود هذا الخلط بين النوعين فى مجال التشريع لا مناص البتة من اعتبار هذه الاملاك جميعها داخلة ضمن طائفة الاملاك الأميرية العامة التى لا تقبل تقادما ولا تصرفا

## الأداة الصحيحة للتفرقة

## بين الاملاك العامة والاملاك الحكومية الخاصة

### الخلاف فى الفقه الفرنسى

**٤٢** — رأينا أن المواد الفرنسية والمصرية لم تصب الحقيقة فى تعدادها للاملاك العامة لانها لم تقرر الملكية العامة بنفس وجهة النظر المعروفة بها فى الوقت الحاضر . لذا يجب معرفة الاداة الصحيحة لهذه التفرقة . وقد قام خلاف بشأن بيان هذه التفرقة وطريقة تقريرها . وهناك رأيان

**الرأى الاول** : يقول هذا الرأى بأن الصفة العامة للمال انما تتصل برصد هذا المال للمنفعة العامة . فكلما كان المال موقوفا على المنفعة العامة وجب اعتباره داخلا ضمن الأملاك العامة [١] وتأيد هذا الرأى من القضاء الفرنسى [٢] ويفهم من هذا الرأى أن أى شىء، عقاراً كان أو منقولا أصبح مرصوداً على المنفعة العامة والمصلحة العامة ، يعتبر فى عداد الأملاك العامة كالترسانات والقشلاقات والاسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل والبوستة ودار المحفوظات والعاديات والكتب والآثار ومصنوعات الفنون والاشياء التاريخية والنقود الحكومية والعقارات المقيمة بها الوزارات والمدارس الأميرية

ويؤخذ على هذا الرأى اطلاقه العام فى تقرير قواعده وعدم تحديد مناحيه اذ يجمع هذا الرأى بين جميع العقارات والمنقولات الخاصة بالمنفعة العامة. ويلاحظ

---

(١) هوريو Hauriou فى القانون الادارى الطبعة السابعة ص٦٧٧ — د ، ٧٧ ، ٢ ، ١٦١

(٢) س ، ٩٥ ، ٢ ، ١٨٥ والمقال الهام للاستاذ المعروف سالى Saleilles — وحكم مجلس الحكومة بباريس : د، ٩٠٢ ، ٣ ، ١٠٤ — س ، ١٩٠٤ ، ٣ ، ٦٢

الناقدون لهذا الرأى أن لا محل مطلقا لحرمان الأفراد من التملك بالتقادم لحقوق ارتفاقية على المدارس الأميرية ما دام أنه لا توجد مميزات ظاهرة بين مدرسة حرة ومدرسة أميرية [1] وكذلك الحال بالنسبة للمنقولات

الرأى الثانى : ويذهب هـذا الرأى الى التضييق من مجال الاطلاق الذى اختص به الرأى الاول . ذلك أنه لا يعتبر هو من الاملاك العـامة الا ما كان بطبيعته غير قابل للملكية الفرد [2] ورجح أصحاب هذا الرأى ما قرره دوما [3] قبل وضع القانون الفرنسى سـنة ١٨٠٤ فى أنه لا يدخل ضمن أملاك الملك الانهار والشواطئ والميادين العامة والشوارع الكبرى لان هذه الأشياء لا يمتلكها أحد وهى خارجة عن مجال التعـامل التجارى واستندوا أيضاً الى ما يمكن أن يفهم ضمناً من المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى فى قولها فى ملحقات الاملاك العامة [4]

الرأى الثالث : على هذين الرأيين قام رأى ثالث كان هو الحد الوسط بينهما . قال به كولين وكابتان [5] وهو الأخذ فى الأصل بالرأى الثانى مع التوسع فيه . ذلك انهما يقولان بأنه يجب فى اعتبار المال من الاملاك العامة أن لا يكون من طبيعته موجوداً للمنفعة العامة بل يكفى أن يكون وقفاً عليها دون التشدد فى الرجوع الى طبيعته أى يكفى أن يكون الشىء قد أصبح فى خدمة الكافة بصرف النظر عن طبيعته . بمعنى أنه اذا زالت عنه هذه الصفة وأصبح فى غير خدمة المجموع انقلب الشىء العـام هذا الى شىء خاص يخضع لاحكام الملكية الفردية الخاصة فيقبـل التصرف والتملك بالتقادم . وأقر القضـاء الفرنسى هـذا الرأى [6] ويلاحظ بأنه من الواجب أن يؤخذ بما يقرره القانون فيما اذا قرر بأن شيئاً من

(١) كولين وكابتان ص ٧٠٨

(٢) بيرتيلمى Berthelemy فى القانون الادارى الطبعة الثامنة ص ٤١٢

(٣) Domat (٤) Dépendances

(٥) ج ١ ص ٧٠٩ (٦) د ، ٩٩ ، ٢ ، ٢٣٠

الاشياء يلحق بالاملاك العامة أو الخاصة . ولكن مع الاخذ بهذا النص القائل بأن شيئاً يعتبر فى عداد الاملاك العامة فانه يجوز مع ذلك اعتباره من الاملاك الخاصة اذا زالت عنه المنفعة العامة أى أصبح خاصاً (١)

هذا ما قام بين رجال القانون الفرنسى وقضائه من الخلاف فى أصل التفرقة بين الاملاك الحكومية العامة والاملاك الحكومية الخاصة . ولم يقفوا فى الخلاف عند هذا الحد بل اختلفوا فيما اذا كان بعض المبانى وبعض المنقولات يمكن اعتباره من الاملاك العامة أم لا

فمن حيث المبانى (٢) فقد ألحقها أصحاب الرأى الأول بالاملاك العامة كالمدارس والوزارات ما دام أنها مرصودة على المنفعة العامة وعلى العكس من ذلك قال أصحاب المذهب الثانى الذين يستندون الى طبيعة الشيء لاجل ادراجه ضمن الاملاك العامة ما عدا الآثار كأقواس الظفر والاعمدة التى تقام تخليداً لذكرى كبار الرجال والتماثيل باعتبارها من ملحقات الطرق العمومية

ويرى أصحاب الرأى الوسط أن يضيفوا على قائمة أصحاب الرأى الثانى الابنية العامة التى يدخلها الافراد بلا اذن كالبورصة ودار الآثار والسلخانات وأسواق الخضار واللحوم والموانئ العامة ومحلات الالتجاء الليلية . ويضيفون على ذلك محلات العبادة (٣) باعتبار أنها وقف على مصلحة الجمهور ، بخلاف أصحاب الرأى الثانى فانهم لا يقولون بذلك وعلى الاخص بعد صدور قانون سنة ١٩٠٥ الفرنسى الذى قضى بفصل الكنيسة عن الحكومة (٤)

أما من حيث المنقولات فقد قام الخلاف بمثل ما تقدم أيضاً . الا أن أغلب القضاء الفرنسى يلحق بالاملاك العامة الصور والتماثيل ومنقولات دار الآثار وكتب المكاتب العامة والاشياء الموجودة بمحلات الودائع العامة . بمعنى أنه

(١) Déclassé (٢) Constructions و Édifices و Bàtisses
(٣) Édifice de culte (٤) د ، ١٩١٠ ، ٢ ، ٢٥

لا يجوز تملكها بالتقادم ولا التصرف فيها . ويمكن فى كل آن مطالبة الحائز لها بردها حتى ولو كان حسن النية لأنه ليس له الاحتجاج بالقاعدة القائلة بأن « حيازة المنقول بحسن نية سند الملكية » [١] واضطر الشارع الفرنسى أمام هذا الخلاف أن قرر بقانون ٣٠ مارس سنة ١٨٨٧ الحاق هذه المنقولات بالاملاك العامة

هذا ما قام من الخلاف بين أئمة القانون بفرنسا . اذا علم ذلك فما هو نصيب الشرائع المصرية من هذا الخلاف ؟ وهل لهذا الخلاف أثر فى القوانين المصرية ؟ ذلك ما نراه الآن

## الأموال العامة والقانون المختلط

**٤٣** — قرر واضع هذا القانون الاستاذ « مونورى[٢] » بالمادتين ٢٥ و ٢٦ مدنى ما يأتى : « أملاك الميرى[٣] كالاستحكامات والمينات ونحوها لا تقبل أن تكون ملكا لأحد » ( المادة ٢٥ ) — « كذلك الاشياء المعدة للمنافع العمومية كالطرق[٤] والقناطر وشوارع المدن[٥] ونحو ذلك لا تقبل أن تكون ملكا لأحد » ( المادة ٢٦ ) ويلاحظ على هاتين المادتين أنهما غير كافيتين لتقرير الملكية العامة للاملاك العامة . لذا اضطر القضاء المختلط الى الرجوع للمواد الفرنسية ٥٤٣ و ٥٣٧ السابقة [٦] وقرر أن أموال الحكومة لا يجوز الحجز عليها[٧] وأن العقارات الموهوبة للحكومة من الخديوى اسماعيل تعتبر ملكا خاصاً للحكومة تقبل أحكام الملكية الفردية من تصرف ورهن [٨] وأن الأشياء المنقولة ملحقة بالأموال العامة اذا تخصصت للمنفعة العامة [٩]

---

(١) د . ٩٧ ، ١ ، ٢٥٧ ومقال Guénée (٢) Maunoury
(٣) Biens de l'Etat (٤) Routes (٥) Rues
(٦) راجع بوريلى بك Borelli ص ٦٦ — ٦٧
(٧) بوريلى بك ص ٦٧ ن ٣ تعليقا على المادة ٢٥ (٨) ن ٦ (٩) ن ٨

## الاملاك العامة والقانون الاهلى

٤٤ — لم ير واضع القانون المصرى الاهلى القاضى «موريوندو»[1] نقل مادتى القانون المختلط لما فيهما من النقص والغموض بل عمد الى الايضاح مسترشداً بالقضاء المختلط من سنة ١٨٧٦ الى سنة ١٨٨٣ فوضع المادة ٩ وضعاً محكما رفع به ما كان محلا للابهام من قبل وأردفها بالمادة ١٠ . اذ بين بالمادة ٩ الاملاك العامة وأخذ فيها بالمذهب الفرنسى الاول الذى قال به « هوريو » كما رأينا . كما أنه أخذ أيضاً بالمذهب الوسط الذى قال به « كولين وكابتان » كما رأينا ذلك فى مكانه أى أن الشارع المصرى فى تقريره للملكية العامة لم يرجع الى طبيعة الشىء فى أنه بطبيعته موقوف على المنفعة العامة كالهواء وضوء الشمس بل رجع الى ما أعد له هذا الشىء طبقاً لرغبة القائمين بالامر بين الاهلين . وهذا هو نفس ما قرره القضاء المختلط فى بعض أحكامه[2]

وتكاد المادتان ٩ و١٠ مدنى أهلى توهمان أن الاموال المحصورة بها والتى اعتبرها الشارع من الاموال العامة قد وردت على سبيل الحصر . ولكن الفقرة ١١ الاخيرة من المادة قررت بأنه يعتبر من الاملاك العامة « . . . وعلى وجه العموم كافة الاموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر » . على أن هذه الفقرة قد نزعت من تعداد الاموال الواردة بصدر المادة ٩ أهميتها من حيث الحصر . الا أننا نرى مع ذلك ضرورة الاشارة الى كل من هذه الاموال بالايجاز .

## الاملاك العامة الواردة بالقانون

٤٥ — يرى القضاء « أن تخصيص عين للمنافع العمومية هو اخراج للعين

---

(١) Moriondo (٢) بوريلى بك ٦٧ ن.٢ تعليقاً على المادة ٢٥ : استئناف م ١٦ مايو سنة ١٨٧٧ م ر م ، ٢ص ٣٥٥ . وجرى عليه القضاء المختلط فيما بعد — انظر الجداول العشرية الثلاثة تحت عبارة Biens publics

عن الملك وهو الاصل ، ولذلك تحددت الاملاك العمومية فى القوانين الجارى العمل بمقتضاها ، فمنها ما عد ملكا عمومياً بذاته كالمساجد والسكك الحديدية وخطوط التلغراف والقلاع والخنادق والانهار وغيرها ، ومنها ما لا يعد ملكا عمومياً بذاته ، ولكن الاعتبار هو الذى يدخله فى عداد تلك الاملاك ومن هذا النوع بعض الطرق والمساقى والمصارف » [١]

وقالت المادة ٩ ما يأتى : « الاملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية [٢] لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة [٣] ولا يجوز حجزها [٤] ولا بيعها [٥] انما الحكومة [٦] دون غيرها [٧] التصرف فيها بمقتضى قانون [٨] أو أمر [٩] . وتشمل الاملاك الميرية .

أولا : — « الطرق [١٠] والشوارع [١١] والقناطر [١٢] والحوارى [١٣] التى ليست ملكا لبعض أفراد الناس »

أى أن هذه الممرات اذا كانت غير مملوكة لفرد من الافراد اعتبرت عامة بوجه عام سواء كانت ببلد يسرى عليه قانون التنظيم الصادر فى ٨ سبتمبر سنة ٨٩ وقرار وزارة الاشغال الصادر فى نفس التاريخ أو لا يسرى [١٤] أما اذا كان الممر مملوكا للفرد فانه يظل ملكا له خاصة برغم مرور الناس منه . لان مرورهم يعتبر من قبيل التسامح فيه الا اذا أهمل أمر رعاية الشارع واهتمت به الحكومة من وضع النور فيه ورصفه وكنسه ورشه فانه يصبح ملكا عاماً اذا زالت ملكية صاحبه عنه بالتقادم الطويل أى أن الملكية العامة تكتسب بالتقادم لان اكتسابها نتيجة حتمية لزوال الملكية الخاصة . ويستحيل أن تخرج ملكية

---

(١) استئناف ١٥ مارس سنة ١٩٠٤ ح ٢٢ ص ١٢ — مرجع القضاء ج ٢ ن ٨٣٨
(٢) Le domaine public de l'Etat (٣) Imprescriptible
(٤) Insaisissable (٥) Inaliénable (٦) Gouvernement
(٧) Seul (٨) Loi (٩) Décret (١٠) Chemins
(١١) Routes (١٢) Ponts (١٣) Rues
(١٤) ش ١ ص ١٦٠ عدد ٣٠٩ — مرجع القضاء ن ٨٣٩

الطريق العام عن هذين الاحتمالين الملكية العامة أو الملكية الخاصة . وعبارة الفقرة تشعر بأن الاصل فى الطريق المطروق بالناس أن يكون عاماً وأن ملكية الفرد له عرض لهذا الاعتبار الاصلى أى أن هناك قرينة[١] على الملكية العامة[٢] ويمكن اثبات الملكية العامة بجميع أوجه طرق الاثبات ولا يعبأ بعدم وجود قرار من الادارة بالملكية العامة[٣]

ثانياً — السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية » وكذلك خطوط التلفونات بعد شراء الحكومة للتلفونات من شركة التلفونات

والغرض من السكك الحديدية ليست الأشرطة الحديدية ( لان ذلك يدخل فى الفقرة ١١ الاخيرة من المادة ) انما الغرض قطعة الارض المحددة بالأشرطة من جانبيها . ولا تقف الملكية العامة عند هذين الجانبين المعينين بالأشرطة بل تمتد من جهة كل جانب الى الجسر الذى يلى الشريط والى الخندق المجاور له والى الجنابية المجاورة للخندق ( الجنابية المعدة للمرور ) وأما ما بعد الجنابية فهو ملك للافراد. انما لا يجوز لهم التصرف فيه على عرض خمسة أقصاب الا بعد أخذ رضاء مصلحة السكة الحديد[٤]

ثالثاً — « الحصون[٥] والقلاع[٦] والخنادق[٧] والاسوار[٨] والاراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات[٩] ولورخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة

---

(١) Présomption (٢) قارن ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٠ فى الجبانات

(٣) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠١ و ن ٨٠٤

(٤) منشور باشمعاون خديوى فى ٢٠ محرم سنة ١٢٨١ — ٢٥ يوليو سنة ١٨٦٤ — المادة ١٤ من اللائحة السعيدية للاطيان الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ . وفيما يتعلق بالخلاف القائم بين النص المصرى والنص الفرنسى ، راجع حكم الاستئناف المختلط ٢١ يونيو سنة ١٨٨٨ ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦٢٠ — ٦٢٢ وانظر مجموعة القوانين العقارية فى الديار المصرية النسخة العربية سنة ١٩٠١ ص ٤٨ والبند ١٤٠ . ولم يلغ هذا المنشور بل لا زال قائم الاثر من حيث مفعوله القانونى كما قرر القضاء الاهلى ذلك . لانه يعتبر بمثابة قانون وقت صدوره : م ر ١ ، ١٤ ص ١٦ عدد ٣٣ — م ر ١ ، ١٧ ، ص ١٠٧ عدد ٦٥ — ش ٣ ص ٣٧٣ عدد ١١٦ — مرجع ن ٨٤٧ . وعكس ذلك ن ٨٤٦ وهذا الحكم الاخير فى غير محله وقد عدل عنه القضاء كما مر — ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦٢٠

(٥) Forteresses (٦) Citadelles

(٧) Fossés (٨) Remparts (٩) Zones des fortifications

عمومية أو خصوصية »

هذه الاموال من الاملاك العامة ولو كانت الحكومة أجازت للغير استغلال الاراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات سواء كان الاستغلال للمنفعة العامة أو الخاصة . لان الحكومة باعتبارها مشرفة على الاملاك العامة بوجه عام يجوز لها استغلالها من طريق التأجير للغير . وليس من شأن التأجير المساس بما أعدت له أو جعلها تخرج من طائفة الاملاك العامة الى الاملاك الخاصة . فلها أن تؤجر بعض الاملاك العامة لاجل أن تقام به الاسواق والموالد ولها أن تقيم بها التماثيل وغير ذلك [1] . واذا جاء الافراد واستغلوا بعض الاملاك العامة بلا أجرة يدفعونها للحكومة جاز لها مقاضاتهم ومطالبتهم بتعويض، كما يحصل بالنسبة لاصحاب العمارات الذين يضعون أدواتهم الاولية بالشوارع بلا رخصة من الحكومة [2]

واذا رأت الحكومة تحويل بعض الاستحكامات من الاملاك العامة الى الاملاك الخاصة بالحكومة [3] فلا يترتب على ذلك ، الاباحة للفرد بالانتفاع بلا مقابل ، لان المال العام الخاص بالحكومة أى المملوك للحكومة باعتبارها كائناً معنوياً ، أى شخصاً أدبياً ، مال تستغله الحكومة كما يستغل الفرد أمواله [4]

« رابعا — الشواطىء [5] والاراضى التى تتكون من طمى البحر [6] والاراضى التى تنكشف عنها المياه [7] والمين [8] والمراسى والموارد [9] والارصفة والأحواض [10] والبرك [11] والمستنقعات [12] المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميرى »

هذه الاشياء الواردة بهذه الفقرة هى من الاملاك العامة بنص القانون . ولكن لاحظنا عند ما تكلمنا على المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى أن الشارع ذكر بتلك المادة

(١) ج ع ٣ ص ٧٥ ن ٧٩٥ و ٧٩٧ (٢) ج ع ٣ ص ٧٥ ن ٧٩٦

(٣) Déclassement

(٤) ج ع ٣ ص ٥٠ ن ٦٣٣ (٥) Rivages (٦) Lais (٧) Relais

(٨) Ports (٩) Havres et rades (١٠) Quais et docks

(١١) Marés (١٢) Étangs

أن الشواطئ والاراضى المكونة من طمى البحر والاراضى التى انحسرت عنها المياه الى آخر ما ورد بالمادة الفرنسية والفقرة المصرية هى من ملحقات [1] الاملاك العامة . ولقد رأينا أن الشارحين فسروا ذلك بأن هذه الاشياء تعتبر من الاملاك الخاصة أى المملوكة للحكومة خاصة . ولكن مادام أن القانون المصرى الاهلى قرر انها من الاملاك العامة فلا محل للجدل بعد ذلك . أما القانون المختلط فانه لم يذكر بالنص بمادتيه ٢٥ و ٢٦ مدنى الاراضى المكونة من طمى البحر والاراضى التى انكشف عنها البحر . ولذا جاء القضاء المختلط [2] ولم يشأ تفسير المادتين بما يطابق ما جاء بالمادة الاهلية بل رجع الى المادة ٥٣٨ فرنسى واعتبر هذه الاراضى من الاملاك الحكومية الخاصة وأباح تملكها كما تملك أراضى الافراد بمضى المدة سواء كان انحسار المياه طبيعيا أو بفعل الانسان [3]

---

(١) Dépendances (٢) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٣

(٣) وانا لا نستطيع أن نقر هذا القضاء فى رأيه لجملة أسباب : أولا — نعم ولو ان الشارع المصرى رجع فى وضع المادتين ٢٥ و٢٦ مدنى مختلط الى التشريع الفرنسى ( المواد ٥٣٧ — ٥٤٣ ) الا أنه صاغ هاتين المادتين بطريقة غامضة مبهمة فجاءت عبارتهما مشوهة لا تكشف عن معنى صحيح فكان يجب فى تفسيرهما الرجوع الى القانون الاهلى والى ما قررته المادة ٩ مدنى بالفقرة الرابعة حتى لا يكون بمصر مذهبان متعارضان فى مسئلة واحدة تهم المصلحة العامة لانهـا تفصل فى الاملاك العامة . ثانياً — كان على القضاء المختلط أن لا يقف فى بحثه عند المادة ٩ الاهلية المذكورة بل يجب عليه أن يتعرف المذهب التشريعى الذى جرى عليه المشرع المصرى فى تقنينه فيما اذا كان قد أخذ بالمذهب الاول الواسع ( مذهب هوريو ) أو المذهب الثانى ( مذهب بيرتيلمى ) أو المذهب الوسط (مذهب كولين وكابتان) وهو أصح المذاهب. وهو هو ذلك المذهب الذى جرى عليه الشارع المصرى الاهلى بأن رجع فى اعتبار الاملاك العامة الى ما أعده الشارع نفسه لهذه الاملاك بأن أوقفها على المنفعة العامة بصرف النظر عما اذا كان الشىء بطبيعته موقوفا على المنفعة العامة أو انه يحتمل بطبيعته المنفعة العامة والمنفعة الخاصة . ثالثاً — انه من الخطر على التشريع فى بلد واحد أن يكون الشىء المرصود على المنفعة العامة محل شك عند الافراد فيترددون فى معرفة ما اذا كان من الاملاك العامة أو الاملاك الخاصة للحكومة . ومن لوازم انسجام التشريع أن تكون الروح واحدة ومتمشية فى أحشاء القانون من بدئه لنهايته فان فات ذلك الشارع وجب على القضاء ، والفقه أيضاً ، معالجته . رابعاً — لا محل لهذا التفسير الذى جاء به القضاء المختلط سنة ٩١١ ( استئناف م ١٦ مارس سنة ٩١١ م ت ق ، ٢٣ ، ٢٢٦ ) وربما يكون معذوراً فى قضائه السابق على التشريع الاهلى

وذكرت الفقرة المذكورة أن الشواطئ من الاملاك العامة . فهل يـ
هذا الحكم على الماضى أيضاً ؟ أو بعبارة أخرى هل لحكم المادة ٩ مدنى أثر ر
على الماضى ؟ أجاب القضاء بالسلب [1] وحجته أن كل شىء يمكن تملكه أ
امتلاكه مباحاً . ومتى امتلك الفرد الشاطئ قبل صدور القانون الاهلى سنة ٣
فقد امتلك شيئاً قابلا للملك . قال القضاء ذلك رداً على ما دفعت به الحكـ
فى أن شاطئ البحر هو دائما وأبداً قبل صدور القانون وبعد صدوره من ا
العامة . وما قالته الحكومة صحيح وما رد به القضاء غير صحيح . لأن
الاملاك العامة كما رأينا فى مذهب « بيرتيامى » ما يكون بطبيعته مرصوداً
المنفعة العامة . ومما لا شك فيه أن شاطئ البحر عام لكل طارق ويستحيل
يمتلكه فرد وينتفع به دون الآخرين

خامساً : — « الانهار والنهيرات [2] التى تمكن الملاحة فيها [3] والتر
التى على الحكومة اجراء ما يلزم لحفظها وبنائها بعصاريف من طرفها » [5]
ذلك يعتبر النيل من الاملاك العامة وكذلك مجرى النيل [6] . والمجرى
الجزء الذى يجرى فيه النيل عادة وقت الفيضان العادى

فاذا هبطت مياه النيل مدة التحاريق اعتبرت الارض التى انحسرت عنها
ملكا عاما أيضا [7]. واذا ظل الانحسار زمناً طويلا وزالت عن الارض
المنفعة العامة أصبحت فى عداد الاملاك الخاصة بالحكومة [8] ومياه النيل

---

(١) استئناف ١٨ مارس سنة ٩١٦ ش ٣ ص ٤٣٠ عدد ٤٣٠

(٢) Fleuves et rivières (٣) Navigables ou flottables (٤) aux

(٥) أنظر لائحة الترع والجسور الصادرة فى سنة ١٨٩٦ — مرجع القضاء ن ١٤٤
ويقرر القضاء بأنه يؤخذ من المادة ٩ أن لكل ترعة عمومية « حرم » على جانبيها مخصص ا
العمومية : مرجع القضاء ن ٨٤٥ والهامش ١ ص ٢٦٦ من ذلك الكتاب . وجسر التر
الاموال العامة : ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦١٧

(٦) Lit

(٧) ج ع ٣ ص ٧٤ ن ٧٨٧ (٨) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٤

الاملاك العامة وللافراد حق أخذها منه (١) على شرط مراعاة لوائح الرى . وجسور النيل من الاملاك العامة (٢) وكذلك جسور الترع العامة التي تعنى بأمرها الحكومة الا اذا زالت عنها صفة المنفعة العامة فانها تستحيل الى ملك خاص بالحكومة يقبل التملك والتصرف العادى فيه (٣) وأما الترع الخاصة بالافراد فهى ملك لهم ينتفع مثلا كل دون غيرهم بمياهها . واذا كانت الترعة مخصصة للمنفعة العامة وزالت عنها هذه الصفة زمناً طويلا استحالت الى ملك خاص للحكومة . فاذا انتفع بها أحد الافراد فانما ينتفع لنفسه خاصة وليس له الزام الحكومة بالصرف عليها (٤)

سادساً : — « المين (٥) والمرافئ (٦) والارصفة (٧) والاراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالانهار والنهيرات والترع المذكورة لمرورها »

« سابعاً : — الجوامع (٨) وكافة محلات الاوقاف الخيرية (٩) المخصصة للتعليم العام (١٠) أو للبر والاحسان (١١) سواء كانت الحكومة قائمة بادارتها (١٢) أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها (١٣) . وشرط الملكية العامة أن يكون للحكومة دخل فى ادارة أو رعاية هذه المحلات والجوامع . فاذا كانت ادارتها ورعايتها من جانب الافراد اعتبرت ملكا خاصاً بهم ووقفاً بطبيعتها يجوز تملكه بالطرق القانونية المعروفة ويجوز للافراد حق تملك حقوق الارتفاق وحقوق المطل عليها بالمدد القانونية للتقادم (١٤)

---

(١) ج ع ٢ ص ٥٠ ن ٦٣٢ (٢) ج ع ٢ ص ٥١ ن ٦٢٧

(٣) ج ع ٢ ص ٥١ ن ٦٣٨ (٤) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٦

(٥) Ports (٦) Abordages (٧) Quais

(٨) Mosquées هذا ومن المقرر أن المساجد والاضرحة ومايتبعها من الارض انما هى وقف بطبيعتها وليس لاحد أن يملكها مهما طال وضع يده عليها فمن باب أولى يكون من وضع يده عليها بصفة خادم لصاحبها أبعد أهل اليد عن الوصول الى التملك بمضى المدة : مصر كلى ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ ح ١٩ ص ٦٨ ، مرجع ص ٢٩٠ ن ١٤٢٠

(٩) Établissements pieux (١٠) Instruction publique

(١١) charité (١٢) Administration (١٣) Entretien

(١٤) استئناف ٧ مايو سنة ١٩١٢ م ر ١ ، ١٣ ص ١٤١ عدد ١١٥ . مرجع ن ٨٥٠

على ان القضاء يرى بانه اذا كان الجامع موقوفا فانه يصبح من الاملاك العامة[١]

ثامنا — « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة ولى الامر أو للنظارات ( الوزارات الآن ) أو المحافظات أو المديريات وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » وجاءت العبارة الاخيرة وأطلقت التعميم على كل عقار مرصود للمنفعة العامة وتأيدت هذه العبارة بالعبارة الاخيرة من الفقرة ١١ للمادة ٩

تاسعاً — « الترسانات[٢] والقشلاقات[٣] والاسلحة[٤] والمهمات الحربية[٥] والمراكب الحربية[٦] ومراكب النقل أو البوستة » . وتشمل هذه المادة ما كان عقاراً أو منقولا

عاشراً — « الدفترخانات العمومية [٧] والانتيكخانات [٨] والكتبخانات الميرية [٩] والآثار العمومية [١٠] وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الاشياء التاريخية » فالآثار من الاملاك العامة . ولما كان للآثار بمصر مركز عالمي خاص عنى الشارع المصرى بأمرها فسن لها قانوناً خاصاً ( قانون ١٢ يونيو سنة ١٩١٢ رقم ١٤ ) وقرر بأن الآثار تعتبر من الاملاك العامة سواء كانت بسطح الارض أو بباطنها ( المادة الاولى ) وسواء كانت الآثار محفوظة بالمتاحف

---

استئناف ٨ مايو سنة ١٩١٢ وأشير الى هذا الحكم دون نشره بملخص الحكم السابق بالمجموعة الرسمية

(١) استئناف ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ر ١ ع ١٤ ص ٠ ع عدد ٢٤. مرجع القضاء ج ٢ ن ٨٥١ — ومن المقرر شرعا أن المسجد يزول ملكه عن الواقف بمجرد وقفه والصلاة فيه ( كتاب الهداية الكتاب الخامس عشر فى الوقف ) — مرجع القضاء ن ٨٥٢ — والذى يبين لنا من استقراء أسباب الاحكام أن القضاء يرغب فى اعتبار الجوامع بوجه عام من الاملاك العامة مع أن ذلك معقود بالشرط الوارد بالفقرة ٧ من المادة ٩ المذكورة — هذا ولم يقل الشارع شيئاً عن الكنائس ولم نر لها حالة خاصة فى القضاء

(٢) Arsenaux (٣) Casernes (٤) Armes

(٥) Malériel de guerre (٦) Bâtiments de guerre

(٧) Archives nationales (٨) Musées (٩) Bibliothèque

(١٠) Monuments

العمومية أو ستحفظ فيها بعـد وعلى ذلك فالآثار التى وجدت بمقبرة توت عنخ آمون تعتبر من الاموال العامة ولو أنه لم يحصل نقل بعضها الى متحف القاهرة ( المادة ٧ ) [١] أما الاراضى التى يجرى فيها الحفر للتنقيب عن الآثار فهى أيضاً من الاملاك العامة اذا قررت ذلك السلطة المختصة بذلك ( المادة ٦ ) وأما قبـل صدور القرار فلا تعتبر من الاملاك الحكومية العامة بل من الاملاك الحكومية الخاصة أى يجوز تملكها بالتقادم [٢]

« حادى عشر — نقود الميرى[٣] وعلى العموم كافة الاموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل[٤] أو بمقتضى قانون [٥] أو أمر [٦] » والاموال الاميرية كما رأينا غير قابلة للحجز وطرق التنفيذ سواء كانت بخزائن الحكومة أو أمانة لدى الغـير مهما كانت مصادر النقود الاميرية سواء كانت عوائد ورسوماً وضرائب أوقيمة الايجارات المتحصلة من تأجير أملاك الحكومة العامة أو أملاكها الخاصة . لانه بامتزاج هذه الأموال جميعها تصبح الجملة وقفاً على المصلحة العامة للبلاد لا يمكن معه التفريق بين مال ومال ما دام أن الـكل مرصود للمنفعة العامة . وقد جاءت هذه الفقرة وأطلقت التعميم فى آخرها بحيث أن كل عقار أو منقول للحكومة اختص بالمنفعة العامة أصبح فى عداد الاملاك العامة التى لا تقبل التملك والتصرف [٧] . وهذا الاطلاق يوافق تماماً المذهب الوسط الذى قال به كولين وكابتان كما رأينا وهو مذهب يؤيده المنطق والبداهة ويدخل فى العبارة الأخيرة من حيث الاطلاق والتعميم فى تقرير الملكية

---

(١) وكان القضاء المصرى يقضى قبل صـدور قانون رقم ١٤ سنة ١٩١٢ بان الاحجار الاثرية لا تعتبر من المنافع العمومية الا بعد صيرورتها ملكا للحكومة ووضعها فى المحلات المعدة لحفظ الآثار . مرجع القضاء ن ٨٤٣ . فجاءت المادة ٧ وأجهزت على هذا الرأى .

(٢) استئناف ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ر ، ١٨ ص ٥٩ — مرجع ن ٨٤١ ، ٨٤٢

(٣) Deniers publics (٤) En fait (٥) Loi (٦) Décret

(٨) أى أن المادتين ٩ و ١٠ جاءتا على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر : تنفيـذ الدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ١١٠ ن ١٦٦

العامة لكل عقار اختص بالمنفعة العامة الجبانات [١] . فهى من الاملاك العامة لان الدفن بها مرخص لكل فرد مهما اختص بعض الافراد بمدافن خاصة بهم . ويفترض فى الجبانة انها عامة لان ذلك يرجع لطبيعتها ويؤيد هذه القرينة كشف مساحة فك الزمام [٢] وتظل من الاملاك العامة حتى ولو امتنع الناس عن الدفن بها أو منعت الحكومة الناس الدفن بها [٣] الا اذا استحالت بعدئذ الى ملك خاص بالحكومة فتخضع حينئذ للقواعد القانونية المقررة للملكية الفردية العادية [٤] فاذا زالت معالمها وأصبحت أرضاً مواتاً جاز تملكها بالتقادم [٥]

وما القول بشأن نقود وزارة الاوقاف فهل تعتبر من الاملاك العامة أومن الاملاك الخاصة ؟ وكيف كان الرأى عند ما كانت ديواناً قبل أن تصبح وزارة بمقتضى قانون ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ . وما مركزها الآن بعد صدور الدستور المصرى فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ؟

ان نقود ديوان الاوقاف قبل أن يصبح وزارة ما كان يصح اعتبارها من الاملاك العامة ولذلك كان يجوز الحجزعلى نقودها وأموالها ، لانها كانت مجرد هيأة تابعة فى ادارتها الى الحاكم الشرعى للبلاد

وبعد صدور قانون سنة ١٩١٣ أصبحت فى عداد الوزارات من حيث أن

---

(١) Cimetières (٢) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٠

(٣) مرجع ن ٨٥٨ و ٨٥٩ — عياشى ص ١٨٧ ن ٨٤٦

(٤) ج ع ٣ ص ٧٦ ن ٨٠٢ مرجع القضاء ن ٨٦٠

(٥) استئناف ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ ش ١ ، ص ١٨٥ عدد ٣٣١ . واذا كانت الجبانات من الاملاك العامة فلا يجوز بطائفة التربية الادعاء بكسب ملكية أى جزء منها . مرجع القضاء ن ٨٥٧ . وليس لطائفة اللحادين ( الحانوتية ) أن يطلبوا الدفن فيها لحصول نزاع بينهم فى تخصيص حصة كل منهم فى الانتفاع : مرجع القضاء ن ٨٥٤ — ولا حق لهذه الطائفة فى احتكار هذه الصناعة ولا فى جعل معين على الدفن . أما تقريرهم من القاضى الشرعى فى حرفتهم فهو اجازة بسيطة بها يصير صاحبها محلا للصلاحية والامانة فى دفن الموتى ولا يترتب بموجبها للمقرر حق على الغير : مرجع القضاء ن ٨٥٥ . ولا حق للحكومة فى طلب هدم المبانى التى تشاد على أرض جبانة لاقامة زائرى المقابر بشرط أن لا تحول تلك المساكن الى مساكن قديمة . مرجع القضاء ن ٨٦٤ و ٥٦٥

وزيرها يصبح مسئولا مع بقية الوزراء فيبقى مع بقائهم ويعتزل العمل مع اعتزالهم ولكن مالية الاوقاف منفصلة عن أموال الحكومة لها ميزانية خاصة ويصادق عليها الحاكم الشرعي . ولذلك يمكن القول بجواز الحجز على أموال وزارة الاوقاف ولو أن القضاء تردد في اعتبار وزارة الاوقاف وزارة حكومية تستفيد من دكريتو ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ الخاص باختصاص بعض المحاكم بنظر قضايا الافراد المرفوعة على الحكومة [١] . ثم استقر رأيه أخيراً على سريان الدكريتو المذكور عليها [٢]

ولما صدر الدستور المصرى فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ورد بالمادة ١٤٥ منه ما يأتى « ميزانية ايرادات وزارة الاوقاف ومصروفاتها وكذلك حسابها الختامى السنوى تجرى عليهما الاحكام المتقدمة الخاصة بميزانية الحكومة وحسابها الختامى » . بمعنى أن ميزانية الاوقاف تعرض على البرلمان كميزانية الحكومة فى جميع وزاراتها . الا أنها وزارة مستقلة من حيث الايراد والصرف فقط . وأما ما عدا ذلك فهى وزارة حكومية لها ما للوزارات الاخرى وعليها ما عليها . وهل يمكن أن يقال مع هذا النص أن أموال وزارة الاوقاف تعتبر أموالا عامة لايجوز الحجز عليها ؟ ان تحويل الاوقاف من ديوان الى وزارة لا يؤثر فى ذاته على أمواله لان العبرة فى معرفة المال هى جهة كنه مصدره وجهة صرفه [٤] . واذن فالمال مال خاص ولا محل لجعله من الاموال العامة . ولكن أليس من شأن اعتبار الاوقاف وزارة وجعل أمر البت فى ميزانيتها راجعاً للبرلمان صاحب سلطة الاشراف على الحركة الادارية العامة للبلاد ، أليس فى ذلك ما يجعل هناك محلا للظن فى القول بأن أموالها أموال أميرية لانها أموال وزارة حكومية تخاصم كما

---

(١) اول مارس سنة ٩١٤ م ر ١ ، ١٥ ص ١٤٩

(٢) المنصورة ٥ مارس سنة ٩١٦ م ر ١ ، ١٨ ص ٦١

(٣) (النقض المصرى فى ١٧ مارس سنة ١٩١٧ ج ، ٢٣ ص ٣٣ . مرجع القضاء ن ٨٤٩)

(٤) أما مصدره فهو ريع الاوقاف الاهلية والخيرية وأما جهة صرفه فهى المستحقون فى الوقفين الاهلى والخيرى

تخاصم الحكومة ؟ نقول بالسلب [1] وهذا لا يؤثر فى شىء ما على ما رأيناه من مصادر مالها ووجوه صرفه فيها

على أننا نلاحظ أن القول بالسلب الذى قلنا به فى أن مال الوقف مال خاص لا عام لا ينصب على الاصح الا على مال الوقف الاهلى بمعنى أن مال الوقف الخيرى يصح اعتباره من الاموال العامة . وربما تؤيدنا فى هذا الرأى الاعتبارات الآتية : أولا . نفس المقدمة التى تقدمت مرسوم ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الذى جعل ديوان الاوقاف وزارة اذ اشير بها الى اتساع نطاق أعمالها بما يتمشى مع زيادة تحسين السير فى جميع المصالح العمومية . وهذه اعتبارات لها مساس بالمصلحة العامة كما لا يخفى [2] ثانياً : ان ريع الوقف الخيرى يصرف على وجوه لها مساس بالنظام العام حتما كالصرف على المعاهد المختلفة ومد المعوزين بما يسد رمقهم . ثالثاً : ان ريع الوقف الاهلى لا يمكن اعتباره مالا عاماً لانه يصرف على أفراد معينين بالذات بناء على وقفية . ويد وزارة الاوقاف يد نائب

أموال مجالس المديريات : تعتبر أيضاً من الاموال العامة لان لمجالس المديريات أنظمة تقوم بأعمال حكومية للمصلحة العامة . وبمقتضى المادة ١٣٢ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ تعتبر المديريات والمدن والقرى أشخاصاً معنوية تمثلها مجالس المديريات والمجالس البلدية . وعلى ذلك نرى أيضاً أن أموال المجالس البلدية أموال حكومية

٤٦ — حقوق الارتفاق العام : لم يقف الشارع فى تقريره لقاعدة الملكية

---

(١) لان اعتبارها وزارة وخضوع ميزانيتها للبرلمان وانتفاعها بدكريتو ١٨ ابريل سنة ١٨٩٢ انما هى مسائل شكلية أريد بها ضمان ادارتها وتحسين نظامها

(٢) النقض المصرى فى ١٧ مارس سنة ٩١٧ ح ، ٣٣ ص ٣٣ مرجع القضاء ن ٨٤٩ اذ اعتبر اختلاس أموال الاوقاف اختلاساً لاموال أميرية اى جناية . — واما استشهاد المحكمة بالفقرة ٧ من المادة ٩ فهو فى نظرنا فى غير محله لان الغرض من عبارة « كافة المحلات الخيرية établissements pieux » لا ينصرف مطلقا الى الاوقاف الاهلية

العامة عند ذكر الاشياء المادية بل رأى أيضاً ضرورة الاشارة الى الحقوق العينية التى يمكن أن تستفيد منها الاملاك العامة أوالتى تعود على الافراد بمنافع ظاهرة . ذلك ان الشارع الاهلى دون المختلط قرر بالمادة ١٠ ما يأتى : « يعد أيضاً من الاملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع (١) ومجارى المياه العمومية والاعمال الحربية (٢) وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الاملاك الميرية المذكورة (٣) أو توجبها القوانين والاوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . ومع عدم ورود هذا النص بالقانون المختلط فان العمل يجرى على الاخذ به لان النص يقرر قاعدة عامة (٤) وكذلك حقوق الارتفاق الحربية وبوجه عام جميع حقوق الارتفاق الايجابية التى تستفيد منها المصلحة العامة ، سواء كانت هذه الحقوق متصلة بالاملاك العامة بالذات أو قررتها قوانين أو أوامر أو كانت موجودة فى الواقع والفعل

## فى حقوق الحكومة على الاموال العامة

٤٧ — ان الحكومة لا تملك هذه الاموال ملكا خاصاً بها بل الذى يملك هذه الاموال العامة انما هى الدولة نفسها لانها هى التى تستفيد منه مباشرة . ولكن لما كان للحكومة حق الاشراف العام على ادارة البلاد فقد اجيز لها ضرورة ادارة هذه الاملاك ورعايتها والصرف على صيانتها من أموال الدولة . وما دام أن الحكومة لا تملكها ملكا خاصاً فهى لا تستطيع بحال التصرف فيها بالبيع أو الرهن انما لها فقط حق استغلالها فيجوز لها تأجيرها وضم الايجار الى مال الحكومة (٥)

---

(١) Servitudes de voirie (٢) Les servitudes militaires

(٣) Servitudes actives de droit commun

(٤) وعلى ذلك يدرج فى عداد الاملاك العامة كل ما يتعلق بحقوق الارتفاق الخاصة بالشوارع والطرق (٥) ويرى القضاء أنه لا يجوز للحكومة المطالبة فى دعوى تثبيت ملكية الدولة لعقار من الاموال العامة بتعويض فى مقابل حيازة العقار : ح ع ٢ ص ٥٨ ن ٦١٥ راجع عكس ذلك ج ع ن ٦٢١

ويجوز لها اقامة تماثيل بها وتأجيرها للاسواق والموالد والقهاوى . ولها حتى تحويلها الى ملك خاص بها بقانون أو أمر . وأما حقوق الافراد عليها فهى حقوق انتفاع ولا يستطيع الفرد مهما طال أجل انتفاعه بالمال العام ان يدعى ملكيته له

## فى كيفية تقرير الملكية العامة

٤٨ — تقرير الملكية العامة اما لفعل الواقع أو بقانون أو بأمر ( المادة ٩ فقرة ١١ مدنى أهلى) أما تقريرها بقانون أو أمر فالامر ظاهر. وأما تقريرها بالامر الواقع[١] فهو محل نظر : كأن القانون يريد القول بأن الملكية العامة تمتلك هى الاخرى بمضى المدة . بمعنى أنه اذا اعتاد الافراد على الانتفاع بمال من الاموال انتفاعاً عاماً فانهم يكتسبون بذلك حق الاستفادة وتكتسب الامة معهم هذا الحق لأن الانتفاع العام مدة ١٥ سنة هو زوال للانتفاع الخاص الذى كان مقرراً للشخص المالك . وعلى ذلك تمتلك الملكية العامة بالمدة الطويلة[٢] ويميل القضاء المصرى الى اعتبار أن الملكية العامة لم تكن معروفة قبل صدور القانون الحاضر سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وأنها لم تقرر الا من هذين التاريخين . وعلى ذلك لا يجوز للحكومة الادعاء بالملكية العامة قبل وضع القوانين الحاضرة[٣] وأصر القضاء المصرى على هذا

(١) Affecté en fait

(٢) وتصبح من الاموال العامة قطعة الارض التى شغلتها مصلحة السكة الحديدية وأعدتها لعمالها مدة ١٥ سنة . ج ع ٢ ص ٥٨ ن ٦١٩ ويمكن اثبات الانتفاع العام بجميع الوسائل القانونية المقررة فى الاثبات أى بشهادة الشهود والقرائن وغير ذلك وبالدفاتر المسماة بدفاتر الحصر أى حصر أملاك الحكومة العامة . واذا أقام أحد الافراد بناء على الملك العام وجب رفعه ولا يملكه : م ت ق ، ٢٢ ، ٢١٢ — استئناف ٢٤ ص مارس سنة ١٩١٤ م ر ١ ، ١٥ ص ٨٠ عدد ٩٣

(٣) استئناف أول ابريل سنة ١٩١٣ م ر ١ ، ٤ ص ١٤٦

الرأى فلم يبح سد النوافذ التى ظلت مفتوحة ١٥ سنة قبل صدور القانون الحاضر وكانت على بعد أقل من متر من مسجد منشأ للعبادة [١]

## فى زوال الملكية العامة
## وفى تحويلها

٤٩ — **زوال الملكية العامة** : رأينا أن الملكية العامة تكتسب بالتقادم . واذا كان الأمر كذلك فالعكس صحيح اذ تزول هذه الملكية اذا زال الانتفاع العام وترتب للفرد حقوق خاصة على هذا المال . ولا يتعارض هذا القول مع المبدأ القائل بعدم تملك حقوق عينية على المال العام . لأن محل هذا المبدأ أن المال العام يظل على هذا الاعتبار عاماً . ولكن اذا زالت عنه هذه الصفة العامة انقلب من عام الى خاص[٢] ولا يتم الانقلاب الا فى نهاية مدة التقادم وزوال الملكية العامة ليس فقط بفعل الانسان كالانتفاع مع التقادم بل قد يجوز حصوله بفعل الطبيعة كاستحالة الملاحة فى الانهار [٣]

**زوال الملكية بالتحويل** : وتزول الملكية العامة بالتحويل أى فى جعل المال العام مالا خاصاً للحكومة [٤] ويحصل ذلك بواحد من اثنين (١) اما بقانون أو أمر [٥] . (٢) واما برغبة المصلحة الاميرية ذاتها كما يحصل بوزارة الحربية بشأن مدافعها وبنادقها وبوزارة المواصلات بقطاراتها القديمة [٦] والرغبة هذه

(١) استئناف ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ر ١ ، ١٤ ص ١٤٤ عدد ٢٤ — م ر ١ ، ١٧ ص ١٣ عدد ٩

(٢) مرجع القضاء ن ٨٦٢

(٣) م ت ق ، ٢٥ ، ٣٦٧ و ٤٣٠ — م ت ق ، ٢٤ ، ٢١٠

(٤) ولما كان والى مصر محمد على باشا يجمع فى يده جميع أنواع السلطات العامة فانه اذا أعطى للفرد أرضاً من الاموال العامة اعتبر عمله هذا أيضاً تحويلا من المال العام للمال الخاص الحكومى Désaffecation : ج ع ٢ ص ٨ ن ٦١٦.

(٥) Décret

(٦) م ت ق ، ٢ ، ٣٥٥ — م ت ق ، ٦ ، ٢٣٨ وكما اذا تركت الحكومة المال العام ولم تعد تعتبره جزء من الاملاك الخاصة فانه يصبح ملكا خاصاً لها : مرجع القضاء ن ٨٦١

في جعل العام خاصاً رغبة موقوفة على صاحبها فله العدول عنها . ولكن اذا ظهرت الرغبة وبانت آثارها في الخارج وخرجت من حيز الخواطر الى حيز الظهور والوضوح فلا يملك صاحبها حق العدول عنها اذا تقرر للغير حق عليها [1]

ومما مر يتبين بأن زوال المالكية يحصل لسببين . اما سبب مادى . والمادى يحصل اما بفعل الانسان كالتقادم واما بفعل الطبيعة كانحسار المياه عن الترعة . واما بسبب قانونى وهو تحويل عام الى خاص بقانون أو أمر أو مجرد اظهار رغبة

## النتائج القانونية للتفرقة

## بين المال العام والمال الحكومى الخاص

٥٠ — تشترك هذه الاموال الحكومية العامة والخاصة فى أن ريعها أو أثمانها بعد بيعها تعتبر من الاموال العامة لا فرق بينهما لانها تصرف فى الشؤون العامة للبلاد . وتشترك أيضاً فى أن القائم برعايتها والصرف عليها هى الحكومة وتختلف عن بعضها فيما يأتى :

١ ) الاموال العامة لا تقبل تملك الافراد لها كما رأينا بخلاف الاموال الحكومية الخاصة فانها كاملاك الافراد تماماً بحيث يجوز لهؤلاء أن يكتسبوا عليها حقوقاً عينية مختلفة ويتملكوها بمضى المدة الطويلة والقصيرة

٢ ) لا تعتبر الحكومة مالكة للاموال العامة بل هى ملك الامة وعلى العكس من ذلك الاموال الحكومية الخاصة فانها ملك لها تتصرف فيها كما تشاء بالطرق الادارية المقررة لها . أما كون الحكومة لا تمتلك الاموال العامة فلأنها

---

(١) انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٧٩ م ر م ، ٥ ، ٦٨ اذ قرر هذا الحكم بأنه اذا استغنت الحكومة عن منقولات وأعدتها للبيع فلا يجوز الحجز عليها لان مجرد عرضها للبيع لا يرفع عنها الصفة العامة الاصلية التى اتصفت بها من قبل . وهذا يخالف الاصول القانونية التى قررناها . وهو حكم موضع للغرابة — التنفيذ الدكتور عبد الفتاح السيد بك ص ١١١ هامش ٢

ممنوعة من الاستفادة من العناصر الثلاثة المكونة للملكية وهى: حق الانتفاع[1] والاستثمار[2] والتصرف[3] وليس للحكومة عليها باعتبارها شخصاً معنوياً الا مجرد حق رعاية وادارة واشراف[4] وليس لها عليها حق الملكية كما ذهب القضاء الفرنسى خطأ فى بعض أحكامه[5]

٣ ) ليست المحاكم مختصة بالنظر فى ملكية الاملاك العامة ( المادة ١٥ / ١١ من لائحة انشاء المحاكم والمادة ٧ مدنى مختلط ) وليس معنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من الفصل فيما اذا كان الشيء المتنازع فيه هو من الاملاك العامة أم لا ، لأن ذلك لا يتفق مع روح التشريع وضرورة الفصل فيما يتنازع فيه الافراد مع السلطة المديرة[6] انما اذا خالفت الحكومة فى استغلالها للاملاك العامة لوائح الحكومة وأصاب الغير ضرر من جراء ذلك جاز لهذا الغير مطالبتها بتعويض أخذاً بنظرية الحقوق المكتسبة[7] ( المادة ١٥/١١ المذكورة )[8]

٥١ — هذا وما دام أن ليس للقضاء حق التدخل فى ملكية الاموال العامة فانه يترتب على ذلك أنه لا يجوز له العمل على ما يعطل هذا الحظر التشريعى ، أى لا يجوز تعيين حارس قضائى على مال عام اختلفت الحكومة بشأنه مع أحد الافراد فيما يتعلق بتنفيذ عقد معقود بين الحكومة وهذا الفرد ، وذلك فيما اذا قامت الحكومة وأصدرت أمراً ادارياً[9] بخصوص هذا المال العام[10]

---

(١) Usus (٢) Fructus (٣) Abusus

(٤) Dorits de garde de gestion et de surintedance — د ، ٩٩ ، ١ ، ٢٥٧ ومقال Sarrut (٥) د ، ٩٩ ، ٣ ، ٤١ — س ، ٩٠١ ، ٣ ، ٨٢ — د ، ٩١١ ، ٣ ، ٧٣ — س ٩٠٩ ، ٩٧٣ — كولين وكابتان ج ١ ص ٧١١

(٦) ش ، ١ ص ١٤٧ عدد ٢٧٣ (٧) Droits acquis

(٨) دى هلس ج ١ ص ٣٥١ — ٣٥٤ ن ٤١ — ٤٦

(٩) Acte administratif

(١٠) استئناف م ٢ ابريل سنة ٩٢٤ م ت ق ، ٣٦،٢٩٣ ، جازيت المجلد ٢٤ ص ١٦٤ عدد ٢٦٥ . قضية الحكومة المصرية ضد مستر كارتر ومن معه بشأن قبر توت عنخ آمون وذلك أن الحكومة تعاقدت مع مستر كارنارفون على البحث على آثار مصرية فى الاقصر فأخذ يبحث حتى عثر على هذه الآثار ثم مات فتعاقدت الحكومة مع ورثته على استمرار البحث وأناب الورثة

٥٢ — هذا ومع أنه ليس للحكومة حق تملك الاموال العامة فانه مع ذلك يجب أن يتقرر لها ما يأتى :

١ ) أن الحكومة تتمتع بحق الملكية فيما يتعلق بما ينتج عن الاملاك

---

عنهم مستر كارتر واتفقت الحكومة معه على كيفية زيارة القبر . وقد اختلف معها على كيفية تنفيذ شروط الزيارة وأعلن انقطاع العمل . فأصدرت الحكومة أمرها بفتح القبر واستمرار العمل فيه وأزاء ذلك رفع مستر كارتر ومن معه دعوى أمام قاضى الامور المستعجلة بالمحكمة المختلطة بمصر يطلب فيها تعيين حارس قضائى على القبر . فدفعت الحكومة الدعوى بأن أمرها بفتح القبر واستمرار العمل فيه بمعرفتها أمر ادارى Acte administratif يحظر القانون على القضاء ايقافه أو تعطيله ( المادة ١١ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة والمادة ٧ مدنى مختلط ) وان الآثار هى من الاموال العامة والقضاء ممنوع من التدخل بشأن ملكيتها . وأصدر قاضى الامور المستعجلة حكمه فى ١١ مارس باختصاصه بنظر الدعوى فرفعت الحكومة استئنافاً وقررت محكمة الاستئناف الغاء الحكم وعدم اختصاصها أخذاً بدفاع الحكومة فيما يتعلق بالعمل الادارى والاموال العامة ( ومرافعة النائب العمومى تؤيد الحكومة ومنشورة بجورنال المحاكم المختلطة بالعدد ١٦٠ — وفيما يتعلق بأدوار هذه الدعوى بالدرجتين أنظر الاعداد ١٤٥ و ١٤٨ و ١٥٠ و ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٤ و ١٥٥ و ١٥٦ ) وعرف الحكم الاستئناف العمل الادارى تعريفاً دقيقاً وهو : « العمل الادارى المنصوص عنه بالمادة ١١ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة وبالمادة ٧ من القانون المدنى المختلط هو العمل الذى يصدر من مصلحة أميرية باعتبار أنها تقوم بأعمال تتعلق بالسلطة العامة وفى حدود وظيفتها المحددة لها بمقتضى القانون بأن تصدر أمرها طبقاً للقيود القانونية المقررة بقصد المصلحة العامة . وهذا العمل الادارى هو خلاف العمل الخاص بادارة الاموال والذى بمقتضاه لا تعمل المصلحة بصفتها ممثلة للسلطة العامة بل باعتبارها طرفاً فى العقد » راجع كتاب ميسينا فى القضاء الادارى للمحاكم المختلطة بمصر ن ٢٣ و ٥٥ قارن أيضاً فيما يتعلق بالعمل الادارى الحكم الصادر من محكمة الموسكى الجزئية فى ٧ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية النادى السعدى ضد الحكومة المصرية ( والحكم لم ينشر بعد حتى طبع كتابنا هذا ) اذ يعتبر أمراً اداريا خارجا عن سلطة القضاء فيما يتعلق بالايقاف والتأويل وداخلا فى اختصاصها فيما يتعلق بالتعويض فقط طبقاً للمادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية الامر الصادر من الحكومة باخلاء المكان المؤجر للنادى السعدى بناء على عقد ايجار صادر من الحكومة من باطنها وبعد موافقة المؤجر لها وبعد أن أخلت المكان الذى كان مشغولا بمصلحة الاحصاء ، ثم قرر هذا الامر الادارى اعادة المكان الى ما كان عليه . وقال الحكم « ان الباعث لصدور هذا القرار هو المصلحة العامة وأن أعمال الحكومة واجراءاتها اذا كان الغرض منها ادارة أموالها الخاصة فصفتها مدنية وتعامل كافراد الناس وفى معاملاتها هذه خاضعة للقانون العام ومن اختصاص السلطة القضائية الفصل فيها . أما اذا كان الغرض منها مصلحة عامة فصفتها ادارية ومعاملاتها واجراءاتها الخاصة بذلك خارجة من اختصاص السلطة المقاربة »

العامة [١] لان ثمرة هذه الاملاك تخرج من يد الافراد وتدخل ضمن حقوق الحكومة . وحق الحكومة فى هذه الثمرة كحقها فى ثمرة أملاكها الخاصة فلها حينئذ قطع أشجار الطرق والمتنزهات وبيع احطابها . ولها تأجير البحيرات والانهار للصيد والقنص . وتضاف هذه الثمرات على اختلاف أنواعها الى النقود العامة للحكومة لتصرف فى شؤونها المختلفة

٢ ) يجوز للحكومة باعتبارها شخصاً معنوياً حق التمتع بأوجه الدفاع المقررة للمالك فيما يتعلق بهذه الاموال العامة وعلى الاخص دعاوى وضع اليد [٢]

٣ ) للحكومة حق التنازل عن الانتفاع ببعض الاملاك العامة للافراد[٣] ويجوز للمتنازل اليه [٤] حق الانتفاع بهذا المال دون غيره مقابل جعل [٥] يدفعه للحكومة كايجار فى مقابل المنفعة ولذا يجوز له الاستعانة بجميع الوسائل المقررة للمالك الحقيقى فى سبيل الدفاع عن حقه هذا . فيجوز له مثلا الاستعانة بدعاوى وضع اليد [٦] ومن أهم أنواع الحقوق التى تتنازل عنها الحكومة للغير التنازل عن المواصلات العامة [٧] للشركات ذات الامتياز والاحتكار [٨] مثل شركات السكة الحديدية الضيقة بالارياف [٩] .

(١) Accessoire du domaine public

(٢) د ، ٧٢ ، ١ ، ٤١ — س ، ٧٢ ، ١ ، ٢٢٥ — د ، ١٩٠٠ ، ١ ، ٥٥٣ ومقال De Lyone — س ، ١٩٠٠ ، ٢ ، ١٠٥ ومقال Wahl — ج ع ١ ص ٥٠ ن ٦٣٤ — مرجع ن ٨٥٦

(٣) Concessions (٤) Concessionnaire

(٥) Redevance (٦) د ، ٩٠ ، ١ ، ١٥١ — كولين وكابتان ص ٧١٢

(٧) Concessions de la voirie nationale (٨) Monopole

(٩) ويقول بعض الشارحين ويؤيدهم بعض أحكام القضاء الفرنسى أنه اذا تحولت منفعة جزء من مال عام الى خدمة ومنفعة مال عام آخر تحت هيأة نظامية أخرى أو تحت يد شخص أو شركة ذات امتياز Concessionnaire ( مثل شركة السكة الحديدية الضيقة مثلا ) اعتبر حرمان الشخص المعنوى الاول بمثابة نزع ملكية Expropriation لابد فيه من دفع تعويض من المصلحة أو الشخص أو الشركة التى انتفعت الى من نزعت منه المنفعة . على أن هذا الرأى مختلف فيه اختلافا عظيما وكثير من الشارحين لايرى الاخذ هنا فى مثل هذه الاحوال الخاصة بالقواعد العادية المقررة فى القانون من حيث هو Droit commun وذلك لانه لا يوجد فى الحقيقة فى حالتنا هذه نزع ملكية لان نزع الملكية يفيد انتقال الملكية من يد الى يد . وكل ما وقع فى هذه الحالة انما هو تعديل فى المنفعة Changement d'affectation د ، ٩٩ ، ١ ، ٢٥٧

## في الاموال الحكومية الخاصة

**٥٣** — هي الاموال المملوكة للحكومة بصفتها شخصاً معنوياً له ما للافراد من حيث عقد العقود والتعامل بالبيع والبدل والرهن والايجار وهكذا . وتعتبر أعمال الحكومة هذه اعمالا خاصة بادارة الاموال [١] وتسري عليها احكام القانون المدني . وأما أعمالها التي تجريها باعتبارها صاحبة الولاية العامة [٢] فهي أعمال خاصة بالسيادة العامة أو السلطة العامة [٣] وهي خارجة عن سلطة القضاء الاهلي والمختلط فيما يتعلق بتنفيذ أو تأويل هذه الاعمال . انما يجوز للقضاء الحكم بتعويض اذا مست هذه الاعمال الحقوق المكتسبة للافراد وصدرت بطريقة تخالف القيود القانونية المقررة بالقوانين والمراسيم ( المادة ١٥ / ١١ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة والمادة ٧ من القانون المدني المختلط )

أما الاموال الحكومية الخاصة فهي :

١ ) الاراضي الزراعية المملوكة للحكومة

٢ ) الاراضي غير المزروعة وغير المملوكة لأحد ويجوز تملكها بالاستيلاء [٤] بالطرق المقررة بالمادة ٥٧ / ٨٠ مدني وسنشرح ذلك في مكانه

٣ ) الاموال التي كانت ضمن الأملاك العامة ثم تحولت الى الأملاك الحكومية الخاصة بطريق التحويل [٥] كما بينا ذلك

٤ ) الاموال العامة التي تركتها الحكومة وعولت على عدم اعتبارها عامة فزالت عنها الصفة العامة ولزمتها الصفة الخاصة

وبوجه الاجمال يعتبر مالا حكومياً خاصاً كل مال غير مملوك للافراد ومملوك للحكومة ولم يكن مندرجاً ضمن طائفة الاموال العامة [٦]

---

ومقال Sarrut د ، ١٩١١ ، ٣ ، ٧٣ وتقرير مندوب الحكومة بمجلس الحكومة Teissier — كولين وكابتان ج ١ ص ٧١٢

(١) Actes de gestion (٢) Souveraineté (٣) Actes d'autorité

(٤) Appropriation (٥) Désaffectation

(٦) دي هلس ج ١ ص ٢١١ ن ٣٢

## في الحقوق العينية

٥٤ — ان الاموال تتحمل بطائفة من الحقوق العينية المختلفة . وفى ذلك تقول المادة ٥/١٩ مدنى و٥٤٣ فرنسى ما يأتى : « تقبل الاموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمنتفعين وهذه الحقوق هى : أولا — حق الملكية ثانياً — حق الانتفاع . ثالثاً — حق الارتفاق بعقار للعين . رابعاً — حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله على دينه وحق الحبس» وهذه الحقوق العينية الواردة بتلك المادة تنقسم الى قسمين : حقوق عينية أصلية[1] وحقوق عينية تبعية[2] فالاولى هى الملكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق : وهى التى عدتها المادة ٥/١٩ مدنى أولا . والثانية هى حقوق الامتياز[3] وحقوق الرهن التأمينى[4] وحقوق الرهن العادى [5] وهى الرهن الحيازى عن منقول أو عقار[6] والغاروقة [7] وسميت هذه الحقوق بالتبعية لانها ترمى فى الحقيقة الى أن تضمن دين الدائن الذى يلجأ اليها طلباً فى حماية دينه . وقد اعتاد بعض الشارحين أن يفصلها ضمن دائرة نظرية الالتزامات باعتبارها تابعة لحق الدائنية . والبعض الآخر يشرحها ضمن الحقوق العينية بوجه عام

## الحقوق العينية الاصلية

### حق الملكية

#### ١) تعريف حق الملكية

٥٥ — الملكية هى حق استعمال الشىء والانتفاع منه واستثماره بقدر استعداد الشىء للثمرة ، استثماراً به وحده خاصة بطريقة دائمة . ونم عن الانتفاع

---

(١) Dr. réels principaux (٢) Dr. r. accessoires
(٣) Privilèges (٤) Hypothèques (٥) Nantissement
(٦) Gage (٧) Garouka (Antichrèse)

مظاهر الاعمال المادية [1] التى يجريها المنتفع . فالمالك يستفيد من ملكه بأن يركب سيارته ويسكن منزله ويزرع حقله أو أنه اذا رأى غير ذلك فله ترك ماله دون أن ينتفع به وله أن يتلفه بل ويعدمه اعداما . وله فى سبيل الانتفاع بملكه أن يجرى هذه المرة أعمالا قانونية [2] بدلا من الأعمال المادية السابقة . بأن يؤجر غيطه ومنزله وسيارته وله التصرف فى ملكه كلا أو بعضاً . وله رهنه رهناً رسمياً وللمالك وحده دون غيره حق الاستفادة من هذه الأعمال جميعها . ويجب على الآخرين أن يحترموا ما يجريه المالك فى ملكه من الاعمال المادية والاعمال القانونية

قلنا ان المالك ينتفع بملكه بطريقة دائمة أى أن حق الملك حق دائم [3] وليس الغرض من الدوام استقرار الحق دائما بيد صاحبه لان المالك يموت حتما وتنتقل الملكية لورثته أو أنه ربما يتصرف فى ملكه مدة حياته ولكن الغرض من الدوام أن حق الملكية لا يموت أبداً ولا يزول مطلقاً فهو خالد . وخلوده فى انتقاله من يد الى يد فى الحياة و بعد الموت كما رأينا [4] ولعل المادة ١١ / ٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى تشير الى ما نقول اذ قررت ما يأتى : « الملكية [5] هى الحق للمالك فى الانتفاع [6] بما يملكه والتصرف فيه [7] بطريقة مطلقة [8] ويكون بها للمالك الحق فى جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية [9] أو عارضية [10] وفى كافة ما هو تابع له [11] »وهذه المادة مأخوذة فى شطرها الاول عن المادة ٥٤٤ الفرنسية بعد أن حذفت منها عجزها ( وهذا العجز هو : على شرط أن لايكون ذلك بطريقة مخالفة لما حظرته القوانين واللوائح ) ومأخوذة فى شطرها الثانى الأخير عن المادة ٥٤٦ فرنسى أيضاً

٥٦ — أما صدر المادة المصرية ، وهو يطابق تماما صدرالمادة الفرنسية فيما

(١) Actes matériels (٢) Actes juridiques (٣) Perpétuel

(٤) ولعل خلود الملكية ينصرف الى أنها لا تزول عن المالك بالترك مهما طال أجله مادام أنه لم يتقرر للغير حق ما على الشيء . ( دى هلس ج ٣ ص٥٦٥ ن ٨ )

(٥) Propriété (٦) Jouir (٧) Disposer des choses

(٨) De la manière la plus absolue (٩) Produits nuturels

(١٠) Prod. accidentels (١١) Les access oires

ق بالانتفاع بطريقة مطلقة فهو محل نقــد لدى الناقدين من الوجهــة العلمية
ة [١] ومن الوجهة الاجتماعية [٢]

١ ) يأخذون على المادة ١١ المذكورة أنها لم تأت بتعريف للملكية [٣] انما
بوصف لها [٤] وفى الواقع فان هذه المادة لم تبين لنا حقيقة الملكية وكيانها
كتفت بأن بينت بعض خصائصها الهامة [٥] ولم تبينها كاملة . ولقــد سبق
مان أن فرقوا بين ثلاثة عناصر للملكية وهى حق الاستعمال [٦] وحق
ثمار [٧] وحق التصرف [٨] أما حق الاستعمال [٩] فهو استخدام الشيء فى جميع
وه المعد لها هذا الشيء والتى لم تكن محظورة بالقانون . وحق الاستثمار [١٠]
لانتفاع بالشيء وجنى ثمرته الناتجة منه اما بأن يزرع المالك أرضه بنفسه أو
طريق تأجيره للغير فى مقابل أجر متفق عليه [١١] . وحق التصرف [١٢] هو
المالك فى أن يتصرف فى ملكه اما باستهلاكه أو اتلافه أو نقل الملكية الى
ر أو بتحميله حقوقا عينية تعتبر فى ذاتهــا تجزئة للملكية . أما المادة ١١
كورة فانها لم تشر الا الى حق الاستثمار والتصرف ولم تشر الى حق الاستعمال
كن يرد فريق من الشارحين على هــذا الرأى قائلين بأن النقد نظرى أكثر
عملى لأن الاستثمار يستدعى حتما الاستعمال فمن استثمر غيطه فقد استعمله ،
خرج أعمال الاستثمار عن أعمال الاستعمال بالذات [١٣] هذا هو النقد الاول
لوجهة العلمية

---

١) D'ordre technique (٢) D'ordre social
٢) Définition (٤) Description (٥) Attributs
٣) Usus (٧) Eructus (٨) Abusus
٤) Usus أو Jus utendi (١٠) Fructus أو Jus fruendi
١١) Redevance (١٢) Abusus أو jus abutendi
١٣) كولين وكابتان ص٧١٦ وان كانت المادة ١١ قد أوردت بعبارتها الاخيرة مايشير الى جنى
( بأن نقلت المادة ٥٤٦ فرنسى بعد أن نقلت فى صدرها الفقرة الاولى من المادة ٥٤٤ فرنسى)
لكم لم يخرج عن كونه تكراراً للمورد بصدرها من الاشارة الى حق الاستثمار المنصوص عنه بالمادة
فرنسى

٢ ) ويأخذون على المادة ١١ المذكورة من الوجهة القانونيــة والاجتماعية ما هو جدير بالعناية والنظر . ذلك أن الناقدين يلاحظون على الشارع فى وضعه للمادة ١١ ( وهى المادة ٥٤٤ فرنسى كما رأينا ) أنه بدلا من أن يعنى كل العناية بالعنصر الهام جداً فى الملكيــة وهو العنصر المميز لها خاصة باعتبار أن الملكية حق دائم خالد ، كما أوردنا ذلك بالتعريف الذى قررناه للملكية فى هذا البحث ، فانه ادعى أن للملكية خاصية أخرى هى خاصيــة الاطلاق [١] وهى خاصية اذ فسرت كما هى بالرجوع الى ألفاظها لكانت مخالفة للنظام الاجتماعى [٢] وللمبادئ القانونية العامة [٣]

١ — *كونها مخالفة للنظام الاجتماعى* : نعــلم ما وجهــه أصحاب المذاهب الاشتراكية من النقد القارس على الملكية الفردية . وهم فى ذلك يحتجون بشدة على هذا المنظر الخارجى للحياة فى أن الفرد يملك وحده دون غيره أشياء محصورة المقدار بطبيعتها مثل الارض . ويصبح المالك، بما يستعين به من القوة الاكراهية المنظمة والقائمة على خدمتــه ، وكأنه قد احتكر هذا النوع المحدود وأصبح له عليه من السلطان الواسع ما شاء على أبناء جنسه الآخرين الذين لم يكونوا معه فى مستوى واحد من الثراء وبذا يستطيع استخدامهم فى تنمية ثروته الخاصة به وحده تنمية لاحد لها [٤] هذا مايقوله الغلاة من الاشتراكيين . أما رجال القانون فليس من شأنهم العمل على تبرير الملكية العقارية [٥] ، وهى الملكية التى احترقت

---

(١) Caractère absolu (٢) Anti-social

(٣) Anti-juridique أنظر مقالا هاماً للاستاذ والتون Walton الناظر السابق لمدرسة الحقوق الملكية بمجلة مصر الحديثة سنة ٩١٦ المجلد ٧ ص ١٧٩ — ٢٠١ عالج فيه النقص التشريعى للملكية بفرنسا ومصر على ضوء التشريع الالمانى والسويسرى ، واقترح مواد صاغها هو رغبــة منه فى الالتفات اليهــا عند وضع القوانين المصرية وضعاً جديداً — ومقالا له أيضاً بالمجلة نفسها سنة ٩٢٣ المجلد ١٤ ص ١ — ٩

(٤) أنظر ما كتبه روسو وسبنسر وتيــير وسيمون . وهى نظريات لا تستطيع أن تقوم لها قائمة لما يترتب عليها من قلب الكيان الاجتماعى — كولين وكابتان ج ١ ص ٧١٦ هامش ١

(٥) Propriété foncière

لها أقلام الكاتبين . لأن الملكية العقارية انما هى تبرر نفسها بنفسها . ذلك لان الملكية ان هى الا خلاصة تاريخية لأزمان طويلة مضت . وقد تقررت هذه الملكية وتحتم على الافراد الخضوع لها بحكم قوانين الطبيعة وقوتها . على أنه مع ذلك يجب أن يلاحظ بأنه من شأن القول بالاطلاق فى حق الملكية أن تزداد عيوبها تفاقما الا اذا حدتها حدود وقيدتها قيود

٢ — *كونها مخالفة للمبادئ القانونية* : والقول بالاطلاق فى حق الملكية قول غير صحيح . والاخذ به يجعل المادة ١١ مخالفة للمبادئ القانونية العامة . ذلك لان حق الملكية وعلى الاخص الملكية العقارية حق مقيد بقيود مختلفة تزداد كل يوم بازدياد العمران . ولذا احتاط الشارع الفرنسى بالمادة ٥٤٤ اذ قرر بأن الاطلاق محدود بالقوانين واللوائح ، الامر الذى لم تقرره المادة المصرية ١١/ ٢٧ مدنى . ومع عدم وجود هذا القيد بالمادة المصرية فان الاصول العامة للقانون تقضى به لأن قيود الملكية بوجه عام عقارية كانت أو منقولة قيود مؤيدة بنصوص قانونية ورد بعضها بالقانون ذاته [١] والبعض الآخر بقوانين متأخرة ومتفرقة . وعلى ذلك يعتبر نظام الملكية ، مع كونه نظاماً لوحظت فيه المصلحة الفردية [٢] ، فانه نظام ذو صبغة اجتماعية لما حفه من القيود والاحكام المختلفة

اذا علم ذلك فما هو حينئذ المعنى المقصود من عبارة الاطلاق الواردة بالمادة ١١ / ٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى ؟ من المحتمل أن يكون لها معنيان :

اما أن المادة ١١ فى قولها بطريقة مطلقة [٣] ربما قد أرادت أن تشير الى أن الملكية هى أوسع الحقوق لدى الانسان وأتمها على ملكه وفى الواقع فان بقية الحقوق العينية الاخرى لم تخرج عن كونها أجزاء للملكية باعتبار أن الملكية مركز الحقوق المختلفة التى يمكن أن يتحمل بها شىء من الاشياء . أى أن الملكية

(١) فلايجوز مثلا زرع الحشيش بمصر ولا الدخان ولا ايجار مخازن للبارود وهكذا : دى هلس ج ٣ ص ٥٦٤ ن ٤

(٢) Institution individualiste (٣) La plus absolue

جماع الحقوق العينيــة بأ كملها وان الملـكية مركز اتصالها بعضها البعض . وكل حق عيني يعتبر فرعاً منها . فحق الانتفاع مثلا [١] وهو حق استعمال الشيء [٢] واستثماره [٣] حق متفرع عن الملكية . ولذا اعتبر بحق جزءا من الملكية . وهكذا شأن الحقوق العينية الاخرى فهي أجزاء الملـكية [٤] هذا أولا

وأما ثانياً فانه ربما أراد الشارع في وصفه للمادة ١١ بعبارة الاطلاق المذكورة أن يشير الى ما يحتمل أن يكون قد أراد الشارع الفرنسي سنة ١٨٠٤ من الاشارة اليه في أن يجعل للملـكية عقب الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ استقلالا خاصاً حتى ينزع عنها ما شوهها قبل الثورة من القيود الظالمة التي كانت معروفة من قبل [٥]

## ٢ ) في تاريخ الملـكية من الوجهة العامة

**٥٧** — لا نذكر هنـا شيئاً مما قام من الظنون والافتراضات الخيالية التي حامت حول أصل الملكية في الازمان القديمة جداً والتي ظهرت فيها الزراعة والتي أفاض الـكاتبون فيها القول من طريق الظن والتخمين من أن الجنس البشرى لم يعرف من أنواع الملكية الا ملـكية المنقول كالاسلحة والادوات المختلفة والملابس والحيوانات والرق وكذلك الملكية العقارية في العصر التاريخي كما عرفت فيه بأنها كانت ملـكية محصورة في جماعات [٦] بل نحصر القول هنا في بيان الفروق بين الملـكية في الوقت الحاضر وما كانت عليه قبل ذلك مع الرجوع الى ماقرره الرومان بشأن الملـكية أيضاً

**٥٨** — **الملكية عند الرومان** : كانت الملـكية بروما على غاية البســاطة لا يشوبها تعقيــد ما وكانت معروفة بأنهــا مظهر اجتماعي تتفق مع الضرورات الاجتماعية في ذلك الوقت ، وهي الملـكية المعروفة بالملـكية الرومانية البحت [٧]

---

(١) Usufruit (٢) Usus (٣) Fructus (٤) Démembrements
(٥) كولين وكابتان ج ١ ص ١٧ (٦) Organisation collective
(٧) Dominium ex jure quiritium

هـذا اذا استثنينا ملكية العقـارات بالاقاليم [١] والحقوق العينية الناشئة من الايجارات الدائمة [٢] وكان المالك بروما ينتفع فى ملكه بالحقوق الثـلاثة المقررة للملكية وهى حق الاستعمال[٣] والاستثمار[٤] والتصرف[٥] ومجموعها يكوّن فى ذاتها حقاً خاصاً وقفاً على الملكية . وهذا الحق الخاص بالملكية هو الذى يمتلكه المالك وله أن يجزئه الى أجزاء مختلفة أى يقرر للغـير على ملكه حقوقاً صغرى لا يجوز أن تتعدى ما يأتى : حق الانتفاع[٦] وهو حق وقتى حتما . وحق الارتفاق وهو حق دائم مقرر للعقار على عقـار مجاور له فى الغالب وليؤدى له خدمة أعظم بكثير من الضرر الذى يلحقه من جراء تأديتهـا . وحق الرهن [٧] وهو الحق الذى يستعين به المالك فى الاستفادة مالياً من ملكه من طريق الاقتراض عليه . وقصارى القول ان الملكية الرومانية قد امتازت عن غيرها بميزة البساطة أو الاستقلال الذى كانت معروفة به

**الملكية فى القروى الوسطى** : أما الملكية فى القرون الوسطى سواء كانت بفرنسا أو بأهم البلاد المتمدينة فقد كانت معروفة بالملكية فى عهـد الاشراف والاقطاعات [٨]. أى أنها كانت غير مستقلة وكانت مرتبكة ومضطربة

**٥٩ — الملكية غير مستقلة** : كان لا بد للارض من نبيل أو شريف [٩] يملكها . وكانت العقارات ، ما عدا القليل منهـا [١٠] بمثابة منح[١١] أى أن واضعى اليد عليهـا ، أشرافاً كانوا [١٢] أو غير أشراف[١٣] ولو أن وضع يدهم غير معـين بوقت ما ، كان مفروضاً فيهم أنهم تلقوا هـذه العقارات من طريق التنازل اليهم من مالك عظيم[١٤] وأن هذا المالك العظيم فى تنـازله لهم عن

(١) Fonds provinciaux (٢) Locations perpétuelles
(٣) Usus (٤) Fructus (٥) Abusus (٦) Usufruit
(٧) Hypotèque (٨) Fiodalité (٩) Seigneur (١٠) المسمى Alleux
(١١) Tenures (١٢) Vassaux nobles
(١٣) Tenancirs roturiers (١٤) Propriétaire éminent

الانتفاع [١] قد احتفظ لنفسه خاصة بحق الملكية [٢] ذلك الحق الذى تم عليه ويؤيده جعل معين يضرب على الأرض [٣] ويسمى هذا الجعل برسوم الانتقال [٤] وبجانب هذا النوع من الملكية ، ومصدره كما رأينا ، فى ذلك النظام المعروف بنظام الأشراف والاقطاعات ، وجد نظام آخر لم تشبه هذه السيادة التى كانت للمالك على المنتفع وهو نظام تأجير العقار فى مقابل ايراد مرتب [٥] والحكر [٦] وغير ذلك . وكانت تعقد العقود بغير أجل أى بطريقة دائمة أو لمدة طويلة جداً [٧]. وكان هذا النظام نتيجة حتمية للضرورات الاقتصادية التى كانت معروفة فى ذلك الوقت وعلى الأخص فى قلة رؤوس الأموال من النقود . تلك القلة التى حالت دون الذين يعملون فى الأرض [٨] فى مشترى هذه الأرض . على أن الجعل الذى كان مقرراً على واضعى اليد كان من شأنه أن يجعل هناك كثيراً من الشبه بين هذا النظام وذلك النظام الآخر المعروف فى عهد الاشراف

٦٠ — ٢ — *تعقيد الملكية* : مما مر نرى أن الملكية كانت أيضاً معقدة اذ تعددت أنواعها وتعقدت فيها الحقوق العينية المقررة على الارض . وفوق ذلك فقد كانت الارض محملة بأنواع مختلفة من الجعل يدفع الى بعض الافراد الذين كانوا يعتبرون ورثة حقيقيين أو صوريين لطبقة النبلاء السابقين الذين طال عليهم الزمن فطواهم وطوى معهم أدلة ثبوت النسب . وكان واضعو اليد ينظرون الى هذا الجعل نظراً ممقوتاً اذ كانوا يعتبرون أنفسهم كملاك حقيقيين لا يشاركهم فى الارض أحد ممن يدفعون اليهم الجعل

*الملكية بعد الثورة الفرنسية* : ولما جاءت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ أبطلت

---

(١) Domaine utite (٢) Domaine direct
(٣) المسماة Fief أو Censive (٤) Droit de mutation
(٥) Baux à rente foncière (٦) Emphytéose
(٧) وكان هذا النظام يسمى Amodiations (٨) Travailleurs de la terre

دفع الجعل وأقرت واضعى اليد فى يدهم[1]. وهكذا عادت الملكية الى ما كانت عليه بروما . واصبحت الملكية حقاً مطلقاً[2] بمعنى انها تحررت من القيود والضرائب المختلفة التى ارهقتها والتى ما قررت الا لمصلحة بعض أشخاص امتازوا عن الغير بامتيازات لا مبرر لها . اما القيود المقررة فى الوقت الحاضر للملكية انما رجع فى تقريرها الى المصلحة العامة والمنفعة الاجتماعية . وهذا ماتعنيه المادة ١١ من قولها بطريقة مطلقة

٦١ — **الملكية فى الوقت الحاضر** : وسنرى مما يلى ان الملكية فى الوقت الحاضر قد اصبحت حرة[3] من هذه القيود السابقة التى شوهتها وانها ذات بساطة فى الوقت الحاضر نفضت بها عنها التعقيدات الاولى السابقة وقد زال وعفا اثر ذلك الحق المسمى بالحق الاكبر[4] الذى كان يأتى مباشرة بعد المالك الحقيقى[5]

واما الايجارات فقد اصبحت مؤقتة وهى على ذلك ليس من شأنها تجزئة الملكية لان حق المستأجر حق شخصى لم يخرج عن حق الاستغلال فقط ، الا ما تعلق بالحكم فى مصر كما سيأتى بعد

---

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٧١٨ (٢) Absolu (٣) Libre

(٤) Droit éminent (٥) Propriétaire effectif . وقد سبق لادارة أموال التسجيل بفرنسا ان حاولت اعادة ذكرى هذا الحق بأن طالبت رسوما تدفع اليها عند وفاة المالك وانتقال الملك الى ورثته Droits de mutation par décés فأبت عليها ذلك محكمة النقض الفرنسى د ، ١٥٧ ، ٢٣٣ — س ، ٥٧ ، ١ ، ٤٠١ . ومع زوال هذا الحق السابق فقد نقص عدد الاجزاء التى كانت الملكية مجزأة اليه . ولذا رأى الشارع أن يعينها تعييناً محدوداً بالمادة ١٩/٥ مدنى ( ويلاحظ أن المادة المختلطة لم تأت بكلمة الاختصاص Affectation التى وردت بالمادة الاهلية ) ووصفتها المادة ٥٤٣ فرنسى بأن هذه الحقوق هى انواع من الخدمات العقارية Services fonciers اشارة الى أنها ليست امتيازات لاشخاص ممتازين وذلك قطعاً لدابر آثار عصر الاشراف والاقطاعات

## ٣) فى تاريخ الملكية من الوجهة الخاصة المصرية

### ١ — الملكية عند فقهاء الاسلام

#### ٦٢ — الارض نوعان عشرية وخراجية

**الاراضى العشرية** : هذه الاراضى هى الأراضى التى تؤخذ عليها الضريبة المسماة العشر [1] والعشر عشر الخارج أى ١/١٠ من قيمة المحصول قبل استنزال المصاريف ويزداد العشر بازدياد قيمة المحصول [2]

والاراضى العشرية نوعان : أراض عشرية من طبيعتها وأراض وضع الفاتح عليها العشر . فالنوع الأول يسرى على الحجاز واليمن ومكة . وبوجه عام تعتبر أرض العرب من هذا النوع وأراضى الجزيرة . والنوع الثانى ، وهو ما وضع القائم عليه العشر ، قسمان هو الآخر : قسم التزم الفاتح فيه بوضع العشر. فكل بلد فتحت عنوة وقسم الامام أراضيها بين الفاتحين اعتبرت عشرية. والقسم الثانى هو كل بلدة فتحت عنوة وأسلم أهلها كان الامام فيها بالخيار ان شاء وضع العشر وان شاء وضع الخراج

**٦٣ — الاراضى الخراجية** : هى كل أرض واقعة فى بلاد غير عربية وتسقى بماء غير ماء العشر أى غير عربى ، أى ماء الخراج . ومن الماء ما هو عشرى كأنهار أراضى العرب وماء السماء والعيون والآبار . ومنه ماهو خراجى كأنهار البلاد غير العربية [3]

---

(١) والعشر والعشر والمعشار جزء من عشرة وهو الضريبة الموضوعة على ثمر الارض العشرية

(٢) أنظر الاحكام المرعية فى شأن الاراضى المصرية تأليف يعقوب أرتين باشا وترجمة سعيد عمون سنة ١٨٨٨ من الفرنسية للعربية ص ١٤

(٣) الاحكام المرعية ص ١٢

الخراج : والخراج نوعان خراج مقاسمة وخراج وظيفة

وخراج المقاسمة[1] هو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج نحو الخمس والسدس وهكذا . والتقدير فيه مفوض للامام ولا يزيد عن نصف الخراج ولا يقل عن خمسه . والاراضى المحملة بهذه الضريبة أراضى الزعفران والقطن

وخراج وظيفة [2] أو خراج التوظيف أو المواظفة وهو أن يكون الواجب شيئاً فى الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض سواء زرعها بالفعل أو لم يزرعها ويؤخذ عيناً أو نقداً [3] ولا يجمع العشر والخراج فى أرض واحدة [4] وعند عدم أداء الخراج لم يكن للامام أن يأخذ الأراضى من مالكها ويدفعها الى غيره

ولما كانت الضرائب عند العرب قد تطورت هى الأخرى مع الزمن حدث لها من التعديل ما حدث . وقد أوجز أرتين باشا هذه التطورات فى الصحف القيمة الآتية وأردنا اثباتها هنا حتى يمكن الوقوف بها على مبلغ ما كانت عليه هذه الضرائب وشرعيتها المقصودة منها قال [5] :

٦٤ — « . . . . واذا عرفنا ذلك فلنبحث الآن عن الاراضى وما أصابها ونالها من التغييرات فى تلك الازمان . قلت : يعلم كل منا أن العرب ارتدت بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم وجاهرت بالعصيان وان أبا بكر رضى الله عنه قضى سنى خلافته الثلاث فى اخضاع الثائرين وارجاع المرتدين الى الاسلام فكان يسير على خطة النبى صلى الله عليه وسلم فاذا فتح بلاداً راعى عوائد وأخلاق أهلها وأقر العرب من مسلمين وغيرهم على أراضيهم بشرط دفع عشر ثمرها لبيت المال وذلك هو العشر . وقد كانوا تعودوه منذ أزمنة عديدة ربما كانت من يوم نزح اليهود الى بلاد العرب

---

(١) Impot propotionnel (٢) Impôt fixe

(٣) الاحكام المرعية ص ١٥ — النسخة الفرنسية ص ٢٨ — ٣١

(٤) ص ٢٣ (٥) ص ١٧ — ٢٣ هامش

أى قبل الهجرة لستة أو سبعة أجيال والله أعلم . وبهذه الكيفية اعتبرت أرض العرب كلها وأرض البلاد التى اهلها من العرب فقط عشرية من طبيعتها ولما أفضت الخلافة الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعد أبى بكر حشد العساكر والجيوش بقصد فتح العراق العجمى والشام ومصر. وقد أراد الاستيلاء عليها ليفيد منها خيرات جمة لنفع الاسلام والمسلمين . ويظهر لنا من تفحص اعماله بالتأمل والتبصر ان احد مبادئ سياسته كان عدم تغيير شىء فى عوائد البلاد التى تظهر عليها اجناده وعدم مس اخلاقهم واصطلاحاتهم بشىء . فاستولت جيوشه بسهولة كلية على تلك البلاد بل ان اهلها استقبلوهم استقبال مخلصين لهم من جوز الفرس والروم الذين كانوا يعاملونهم معاملة عريقة فى الخشونة والقسوة فما لبث اولئك الناس اذ رأوا العرب عليهم مقبلين ان بسطوا لهم أيديهم قائلين مرحباً بالقادمين — اما الخليفة عمر رضى الله عنه فلم يكرههم على الاسلام وانما من عليهم برقابهم واموالهم واراضيهم ووضع على اراضيهم الخراج ولم يتعرض لشىء من العوائد والاصطلاحات التى كانت منتشرة بينهم قبل الفتح . وكانت اراضى هذه البلاد تسقى بماء الانهار فوضع عليها الخراج فذلك علة القاعدة ان كل أرض واقعة فى بلاد غير عربية وتسقى بماء غير ماء الأنهار العربية تعد خراجية — وقد اتبع عمر رضى الله عنه فى سياسته مبدأ آخر وذلك انه كان يكره توطن عساكره وقوادهم من العرب فى البلاد التى ظهروا عليها . على انه لم يتيسر له التزام هذه الخطة بل اضطر أن يعطى بعضاً من المسلمين أراضى فى تلك البلاد . فنها ما أعفاه من الخراج والعشر . ومنها ما رفع عنه الخراج ووضع عليه العشر . ولقد فتح الخلفاء الذين خلفوا عمر بلاداً أخرى ووجهوا اليها العرب فأقاموا فيها . وكان العرب قد باشروا الاستيلاء على تلك البلاد فلم يروا أن يملكوا فيها أرضاً بنفس الشروط الموضوعة على مالكى الأرض غير المسلمين . فاتبع خلفاؤهم والقواد بالنيابة عن الخلفاء نهج الخليفة عمر اذ قسموا بين أجنادهم

أراضي ووضعوا عليها العشر مثل الاراضي التي كان يمتلكها أولئك الاقوام في بلادهم أي في بلاد العرب . — ثم أسلم بعض أهل البلاد التي ظهر عليها المسلمون فصاروا بذلك كالمسلمين الذين فتحوا بلادهم فطلبوا أن تجعل أرضهم عشرية فأجيب طلبهم . ولما تزايد عدد الذين كانوا يسلمون ولم يبق من حاجة لتأليف القلوب على الديانة المحمدية قرر الخلفاء أنه اذا امتلك المسلم أرض الخراج يؤخذ منه الخراج وانه اذا اشترى الذمي أرضاً عشرية يؤخذ منه الخراج . ولما فتح المسلمون شمالي آسيا وشمالي أفريقيا حيث الاراضي تسقى بماء السماء اضطر القائمون الى سن قانون جديد اقتضته أسباب عديدة : منها قلة ريع هذه الاراضي بالنسبة لغيرها من الاراضي التي تسقى بماء الانهار وزيادة التعب اللازم لتهيئتها للزراعة وظن أنها كانت عشرية أيام كانت تلك البلاد خاضعة لسلطة الفرس والروم والترك . وتكاثف عدد الشعوب التي كانت خاضعة لسلطة المسلمين من غير المسلمين والنظر الى الخطة التي سار عليها الخلفاء في القرنين الأولين للهجرة وهي عدم تغيير شيء في العوائد التي تكون منتشرة بين أهل بلاد حين فتحها وترك ذلك للزمن الذي كان يؤثر تدريجاً على أهلها فيحملهم على الدخول في ديانة المسلمين والاخذ بعوائدهم وأخلاقهم والتكلم بلغتهم . قلنا ان هذه الاسباب كلها حملت الفاتحين على وضع العشر على أراضي تلك البلاد الا انهم ضربوا الجزية على اهاليها الغير المسلمين ثم وقع اشتباه بين هذه الكلمة وبين لفظة الخراج . فما سبق يتضح وجود فرق بين ما يعامل به المسلمون وبين ما يعامل به اهل الذمة فيما يختص بأراضيهم حتى في البلاد التي ارضها عشرية . ومما أوضحناه ينتج ان هناك ضابطا عاما وهو ان ارض العرب كلها وارض البلاد التي تسقى بماء السماء عشرية . وان كل اراضي البلاد التي تسقى بماء انهار غير عربية تعد خراجية . ولكي نزيد هذا الضابط سهولة ووضوحا نضعه في هذا الشكل : كل ارض تسقى بماء السماء عشرية . وكل ارض تسقى بماء نهر خراجية . فما لم ينطبق على هذا الضابط يجب اعتباره

مستثنى منشؤه اعمال خصوصية صدرت من النبى صلى الله عليه وسلم او من الصحابة رضى الله عنهم او احكام خاصة صدرت منهم فى اثناء المدة التى انقضت بين ظهور الاسلام وتقرير احكام الشريعة المطهرة على وجه ثابت . — ولوبحثنا عن الاسباب المادية الموجبة للفرق بين الاساس المستند عليه فى وضع الضريبة العقاريةعلى الارض التى تسقى بمياه الأنهار وبين المستند عليه فيما يختص بالاراضى التى تروى بماء السماء وأردنا صرف النظر عن الاسباب السياسية او الاحكام الخصوصية التى احدثت هذا الفرق ساغ لنا حل المسئلة على الوجه الآتى : وذلك ان الاراضى التى تسقى بماء السماء لا تلزم الميرى بصرف كثير من النفقات فى سبيل اشغال منافع عمومية بل اكثر ما تلزم به من هذا القبيل نفقات يسيرة لاجراء بعض اشغال قليلة كتصريف زائد ماء السماء ووضع حواجز للجداول كى لا تطغى على الارض فتتلف الزراعة . وهذه الاشغال القليلة لا تكون ضرورية الاجراء الا فى الاغوار والسهول الممتدة على ضفتى الأنهار وعلى ذلك فالميرى يستعيض النفقات التى يصرفها فى مثل هذه الأشغال وزيادة عليها كثيراً بأخذه عشر الريع . اما البلاد التى تسقى اراضيها الأنهار فليست الحال فيها كذلك . فلو وضع على اراضيها العشر لما كفى ما يتحصل منه للقيام بالنفقات الجسيمة التى تستلزمها الجسور والقناطر المقتضى اقامتها والترع الواجب حفرها والحواجز اللازم انشاؤها لسقى الاراضى ولتصريف المياه ولمنع الغرق ولأوفت بمصاريف تطهير الترع الذى لا بد من حصوله فى كل سنة كى لا تمتلئ بالطمى والأقذار . وبالاجمال لتعويض نفقات الأشغال العمومية : والمراد بهذه الاشغال ما استلزمته الأراضى لاعطاء غلة » اﻫ

## ٢ – فى أصل الاراضى المصرية
## وكيانها القانونى

٦٥ – اختلف الباحثون فيما اذا كانت مصر قد فتحها العرب على يد عمرو ابن العاص فى خلافة عمر بن الخطاب عنوة أو صلحاً . الا أن أئمة المذاهب الاربعة اتفقوا على أن فتحها كان عنوة [١] واتفق المؤرخون والمحدثون [٢] على أن أقباط مصر لم يعتنقوا الديانة الاسلامية . ويروى مصر النيل وهو نهر غير عربى مياهه خراجية . وضرب الخليفة عمر الجزية على مصر . قال السيوطى : « وبقى أهالى مصر مالكين لأراضيهم بعد الفتح كما كانوا قبله » [٣] والذى يستفاد من ذلك أن أراضى مصر خراجية بدون استثناء . وان كان جزء منها عشرياً فسيصير خراجياً يوماً ما

وان كانت أرض مصر خراجية فهل خراجها خراج مقاسمة أو خراج وظيفة وهل أعطيت الاراضى للمصريين المضروبة عليهم الجزية بصفة ملك أو بصفة أخرى ؟ تناقضت الآراء فى ذلك . كما قرره الشيخ عبد الرحمن القرشى الشافعى فى كتابه ( رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة سنة ١١٤٣ هـ و ١٥٣٦ م » وقرر البارون جاشروده سان دانيس [٤] فى كتابه « فى تاريخ الدولة العثمانية من سنة ١٧٩٢ الى سنة ١٨٤٤ » بأن هناك أدلة كتابية تؤيد أن الارض كانت ملكا للسلطان من زمن الفراعنة وأن البطالسة والرومانيين نحوا هذا النحو مع بعض التعديل الطفيف [٥]

ويظهر أن القدماء أثبتوا أن أهالى الناحية الواحدة كانوا شركاء معاً فى الارض ملكا [٦] والغرض من الملك الزرع والاستغلال لا التصرف . وكانوا

(١) الاحكام المرعية ص ٣٧
(٢) Traditionniste
(٣) الاحكام المرعية ص ٣٨
(٤) Le baron Jechereau de St. Denis
(٥) الاحكام المرعية ص ٣٩ . نسخة فرنسية ص ٧٢
(٦) Communauté indivise

مسئولين بالتضامن عن الضرائب . وكانت الملكية للحكومة وحدها . واستنتج يعقوب ارتين باشا ذلك من نبـذ وردت فى سفر التكوين[١] والاصحاح أنه لمـا اشتد الجوع بالمصريين وفى عهـد يوسف نضبت جيوبهم من المـال فى مشترى الحنطة باعوا أراضيهم لفرعون مصر وأسلموا أنفسهم له معها وأخذوا يدفعون له خمس غلته ويحتفظون بالباقى . وظلوا هكذا حتى فتح العرب مصر وأخذ الفاتحون بما كان عليه المصريون من قبل[٢]

ويؤكد المحقق الشهير فوستيل دى كولانج[٣] فى كتابه المدينة القديمة [٤] ان الملكية الفردية لم تكن معروفة عند الشعوب القديمة فى عهـد الطفولة . وأباح التتر تملك الماشـية دون الارض . وكان الجرمانى الاول لا يملك من الارض الا غلتها . ويستنتج من ذلك أرتين باشا أن مصر مرت هى الاخرى بهذا الدور . ويؤكد أيضاً أن الخلفاء بعد فتح مصر لم يضعوا على الارض خراجاً ولا ضريبة رأساً ولم يوزعوا جزءاً من هذه الاراضى بين العساكر الفاتحة ( وهذا يؤكد لنا أيضاً بأن العرب عاملوا المصريين بما يخالف ما اتبعوه مع غيرهم ) ولم يخصصوا جزءاً من أرض مصر لايفاء خمس الغنيمة العائد شرعاً للخليفة ووزعوا أراضى اليونانيين الذين ماتوا فى الحرب معهم على المسيحيين المصريين ليزرعوها [٥] ويستفاد من ذلك أن العرب أقروا المصريين على ما كانوا عليه قبل الفتح . واكتفى عمرو بن العاص بضرب الجزية [٦] على أقباط مصر . وسميت هذه الجزية بالخراج[٧] وترك الفاتح أمر توزيع هذه الضريبة للاهالى أنفسهم فيما بينهم . وقرر السيوطى عن ابن عبد الحكيم أن عمرو بن العاص أقر قبط مصر على الجباية المعروفة فى عهد الروم ويستنتج أرتين باشا فيما قرره هذا الامام ان الملكية المعروفة الآن بمصر لم تكن

(١) Genèse (٢) الاحكام ص ٤٠ — ٤١
(٣) Faustel de Coulange (٤) La Cité Antique
(٥) الاحكام المرعية ص ٤٢ . النسخة الفرنسية ص ٧٧ (٦) Tribut
(٧) النسخة الفرنسية ص ٧٨ — النسخة العربية ٤٢

معروفة البتة بها فى الازمان السابقة وانه من يوم الفتح الاسلامى لم يكن المزارع مالكا للارض نفسها بل كانت ملكا للناحية[١] أو بعبارة أوسع لصاحب السيادة اى الحكومة[٢] . هذا ويقال ان الخليفة عمر اعطى الى بعض اشخاص املاكا كانت الارض معفاة فيها من كل ضريبة ويظهر ان ملكية هذه الارض المعطاة لم تكن لمن اعطيت اليهم ، أخذاً بالقياس فيما كان يفعله الامويون والعباسيون ، ولكن كان واضعو اليد يتوارثون مع ذلك الأرض المنعم بها عليهم وسميت هذه الارض بالاقطاعات تمييزاً لها عن اراضى الناحية المملوكة لبيت المال اى الحكومة وهى المسماة بالأراضى الخراجية[٣]

واقتفى احمد بن طولون أثر الخليفة عمر وسار سيرته من تولى بعده . أى ان ملكية الارض كانت للحاكم. وصادروا الاملاك المعطاة من الحاكمين السابقين وأعطوا بعضها لرجالهم واحتفظوا بالبعض الآخر

ونزع السلطان سليم من أيدى المماليك كل ما كان لهم من الارض سواء كانت بوضع اليد أو الارث ووزعها بين العساكر التى تركها بمصر وعلى المماليك الموالين له ليستغلوها . وسميت هذه الاراضى بالرزقة أو رزقة بلا مال[٤] أوقفها مالكوها على الجوامع[٥]

ويستفاد مما تقدم أنه من يوم الفتح الاسلامى حتى القرن التاسع عشر كان يوجد بمصر نوعان من الاراضى . نوع يحكى الملكية العامة[٦] وهو معفى من الضرائب . ونوع من الأراضى ليس للزارع لها الا حق الانتفاع[٧] وكانت محملة بالضرائب الخراجية . وكلا النوعين مملوك للحكومة[٨]

ولما استولت الدولة العثمانية على مصر لم يغير نواب السلطان فيها شيئاً من

---

(١) Commune
(٢) Etat ص ٤٣ عربى و ٨١ فرنسى
(٣) ص ٤٣ عربى و٨٢ فرنسى
(٤) ص ٤٤ عربى و٨٢ فرنسى
(٥) ص ٤٦ عربى و٨٧ فرنسى
(٦) Quasi pleine propriété
(٧) Usufruit
(٨) ص ٤٤ عربى و٨٢ فرنسى

الانظمة التى انشأها السلطان سليم وابنه السلطان سليمان . ولكن المماليك نشطوا وتحكموا فى الرقاب واستبدوا وحكم أحدهم البلاد بلقب شيخ البلد وانحطت العمارة بها وكسدت التجارة وقل المال وهبطت قيمة الارض واضطرت الحكومة فى تحصيل الضرائب الى اتباع طريقة الالتزام أى تلزيم الخراج بأن يتولى أمر الجباية شخص يدفع قيمة الاموال بالمزايدة والاتفاق مع الرزنامة بالنيابة عن الحكومة (ويسمى عقد تلزيم [1] أو تقسيطا) ثم يعمل الملتزم جهد طاقته فى تحصيل ما دفعه مع فوائده[2] ( والالتزام كان معروفا فى غير مصر عند القرطاجنيين واليونان والرومان )

ولما كان الملتزم مكلفا من الحكومة بالقيام بواجبات كايواء المسافرين وصيانة الجوامع والمدارس والحمامات ، كانت تعطيه أراضى معفاة من كل ضريبة يحرثها فلاح الناحية سخرة لنفع الملتزم . وكانت تسمى هذه الاراضى بالأواسى

وقصارى القول لم تكن الملكية الفردية المعروفة الآن معروفة بمصر. بل كل فرد من أفراد الاهالى انما يزرع الارض ويستغلها حتى اذا جاء الحاكم وأراد رفع يده عنها أخرجه منها وتولى الحاكم أمرها

٦٦ — ولما جاء محمد على سار نحوها ما سار عليه المتقدمون من حاكمى مصر وقضى على المماليك وصادر أملاكهم [3] سواء كانت التزاماً أو رزقاً أو غير ذلك . ولما تم له أمر الحكم أخذ يعمل على توكيد الملكية وتثبيتها بتركيزها على أسس ثابتة باعتبار ان نظام الملكية هو ذلك النظام الذى يعلق عليه أهمية كبرى فى الانهاض بمصر [4] فاستعان بالاصول التى قررها مذهب أبى حنيفة باعتباره المذهب الرسمى للبلاد من زمن ويرى أئمة هذا المذهب فى شأن أراضى الديار المصرية ان الامام بالخيار بين أن يقسمها بين غانميها [5] وبين أن يقر أهلها عليها

---

(١) Fermage (٢) ص ٤٥ عربى و٨٥ فرنسى (٣) Confisquer
(٤) ص ٤٦ عربى و٨٧ فرنسى (٥) Conquérants

ويضرب عليهم خراجاً وبين أن يصرفهم عنها [١] ويأتى بقوم آخرين [٢] ويضرب عليهم الخراج . وأنه ليس له أن يقفها [٣] على المسلمين أجمعين ولا على غانميها — هذا ولما كان مذهب أبى حنيفة لم يقرر بعبارة صريحة بان حق الرقبة [٤] بمصر لا بد وأن يكون بيد المالك [٥] الا انه حظر كل الحظر على بيت المال ايقاف أراضى مصر برمتها أى أنه حظر على بيت المال أى على الحكومة (أى الحاكم الشرعى [٦]) بطريقة عامة أن يكون مالكا مطلقا [٧] لا تمس ملكيته [٨]

قلنا استعان محمد على بالاصول هذه المقررة فى مذهب أبى حنيفة لذا قرر مساحة كل أراضى مصر المزروعة [٩] وراقب العمل بنفسه وقسم مصر الى مديريات ومراكز وأقسام ونواح وابطل الالتزامات ووزع اراضى كل ناحية بين اهالى الناحية فأصاب الفرد بين ٣ و ٥ افدنة . واعطى لمشايخ البلد فى كل ناحية بعض اراض اعفاها من كل ضريبة فى نظير استضافتهم لجباة الاموال وقيامهم ببعض أمور الحكومة. وسميت هذه الاراضى مسموح المشايخ ومسموح المصطبة

اما الاواسى وهى الاراضى التي اعطيت للملتزمين والتى تشبة كثيراً مسموح المشايخ فانها ظلت بأيديهم برغم ابطال نظام الالتزام يتصرفون فيها ويستغلونها طول الحياة

وترتب على مسح الارض ان المزارع اصبحت له ارض معينة محددة ثابتة ومقيدة باسمه فى سجلات المساحة الامر الذى ترتب عليه ظهور مصر بمظهر جديد فى طريق حماية الملكية [١٠]

ولكن يجب ملاحظة ان حماية الملكية لم تكن قد بلغت الحد الاقصى لها

(١) Les exiler (٢) Coloniser le pays
(٣) Wakf (٤) Une propriété (٥) Propriétaire
(٦) Souverain (٧) Prop. absolu (٨) Incommutable ص ٤٧ عربى و ٨٨ فرنسى وجاءت الترجمة بالنسخة العربية غامضة فى هذا الموطن لذا رجعنا الى النص الفرنسى
(٩) Cadastre général (١٠) ص ٤٨ عربى و ٩٠ فرنسى

لان الفرد الذى مسحت الارض له وتقيدت باسمه لم تصبح يده عليها يد مالك بل يده يد منتفع طول الحياة

هذا ولننظر الآن فى الادوار الحديثة التى مرت على الملكية المصرية فى عهد محمد على للآن

## § ١ — فى الاراضى الرزق

٦٧ — قلنا ان السلطان سليم نزع من أيدى المماليك كل ما كان لهم من الارض سواء كانت بوضع اليد أو بالارث ووزعها بين العساكر التى تركها بمصر وعلى المماليك من حزبه ليستغلوها وسميت هذه الاراضى بالرزقة أو بلا مال

وكانت الرزنامة تعطى المنعم عليهم بها تقسيطاً أى سند تمليك [(١)] بما يفيد أنهم يملكون حق الرقبة . وكانت الاراضى فوق ذلك معفاة من كل ضريبة . ولما جاء محمد على لم يمس هذه الارصادات ولكنه ضرب عليها الخراج وفى نظير ذلك رتب للحائزين لها بمثابة تعويض [(٢)] مرتباً [(٣)] فى الرزنامة يسمى بالفايظ وحظر عليهم حق الوقف

ولما صدرت اللائحة السعيدية العامة للاراضى المصرية فى ٢٨ الحجة سنة ١٢٧٤ ( ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ ) تقرر بالمادة ٢٥ منها نزع كل ما لهؤلاء الحائزين للاراضى من الحقوق مع ملكيتها . وورد بها ما يأتى : « وكل من كان تحت يده شىء من الاراضى المذكورة سواء كان لجهة الوقف أو خلافه ويدفع عليها الخراج لجانب الميرى وواضع يده عليها خمس سنوات وقائم بما عليها من الخراج لجهة الميرى فتتقيد له أثر منفعة [(٤)]

والذى يفهم من ذلك أن حق المنفعة هذا المقرر على هذه الاراضى الرزقة حق مقرر للحائز طول حياته فقط وكذلك المرتب ، بدليل أنه عند ما صار تعديل

---

(١) Titre de propriété (٢) Indemnité (٣) Allocation

(٤) Propriétés usufruitières

للائحة السعيدية سنة ١٨٧٥ لم يذكر التعديل شيئاً عن تلك الاراضى ، الامر الذى يستدل منه على أنها أصبحت فى عداد الاراضى الزراعية التى لا يكون لحائز يد عليها خلاف حق المنفعة فقط[1]

## § ٢ — فى الأراضى الاواسى

٦٨ — لما صادر محمد على الاراضى التى كانت معطاة للملتزمين ( ومن بينهم بعض المماليك ) لمناسبة الالتزام وأخذ فى توزيعها بين المزارعين ترك للماليك اواسيهم يستغلونها طول الحياة بلاضريبة يدفعونها لبيت المال ورتب لهم مرتبات ( فوائظ ) بالرزنامة يستولون عليها فى مقابل ما دفعوه عند عمل عقد التلزيم لان ما دفعوه أصبح ملكا للحكومة لا يرد . على أنه اذا توفى صاحب الفايظ انقطع المرتب وعادت الارض للحكومة . ولذا كان يعمل بعض الحائزين لهذه الاراضى على ايقافها وقفاً أهلياً حتى يتوارث الورثة المنفعة [2] ولاجل ايقاف تيار هذا الوقف صدر أمر عال فى ١٣ رمضان سنة ١٨٥٥ ( كذا ) بتوارث الورثة فى الاواسى . وتأيد هذا التوارث باللائحة السعيدية بالمادة ٢٤ وبمرسوم ٢ شعبان سنة ١٨٥٩ ( كذا ) وباللائحة السعيدية المعدلة سنة ١٨٧٥ ولما صدر قانون المقابلة سنة ١٨٧١ فانه أباح للحائزين على الاواسى بدفع المقابلة وبأن يتمتعوا أسوة بغيرهم بما جاء فى هذه اللائحة وبما منحته من ملك العقار ملكا مطلقاً وغير ذلك من الفوائد فى مقابلة قيامهم بدفع ما قررته والتنازل عن الفوائظ المقيدة لهم بالرزنامة [3]

ولما صدر الامر الخديوى الرقيم ٦ يناير سنة ١٨٨٠ وقانون التصفية المؤرخ فى ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠ الغيا ما ورد فى لائحة المقابلة فيما يختص بالامور المالية غير أنهما لم يمسا بشىء الحقوق التى اكتسبها الذين دفعوا المقابلة فيما يتعلق بملكيتهم الارض ملكية مطلقة

---

(١) ص ٤٩ عربى و٩١ فرنسى (٢) ص ٤٩ — ٥٠ عربى و٩٢ — ٩٣ فرنسى

(٣) ص ٥١ عربى و٩٤ فرنسى

ومما مر نرى أن هذه الاراضى بدأت في الاصل بأن تكون بالايجار لاجل مسمى ثم أصبحت في أوائل القرن التاسع عشر تحت أيدى أصحابها باعتبارهم أصحاب منفعة لها مدة حياتهم فقط . ثم تقرر التوارث في هذه المنفعة . وانتهى بها الامر أخيراً أن أصبحت ملكا باتاً للحائزين لها

## § ٣ — في الابعاديات والجفالك

٦٩ — لما كان لمحمد على بصفته نائباً مطلقاً عن السلطان أن يعفى الاراضى الخراجية من الخراج وكانت كل أراضى الديار المصرية خراجية وزع بين بعض الناس أطيانا غير منزرعة وغير ممسوحة معفاة من الضريبة وأراد بذلك زيادة عمران البلاد بالزام المنعم عليهم بهذه الاطيان بقبول دفع الخراج واصلاحها . وسميت هذه الاطيان أباعد أو ابعاديات لعدم دخولها بالاطيان التى أجريت مساحتها [1]

## § ٤ — في الاراضى الاثرية

## أى الخراجية

٧٠ — تسمى الاراضى الخراجية بالاثرية لان منفعتها كانت تورث . وتعتبر المنفعة منقولة من المورث الى الوارث على سبيل التذكار من الاول للثانى [2] وهى أهم الاراضى المصرية ولذا نفرد لها هنا قولا خاصا بها

رأينا أن هذه الأراضى مسحت سنة ١٨١٣ وقيدت بأسماء من وزعت عليهم باعتبارهم منتفعين طول الحياة [3] لا مالكين [4] . وقررت اللائحة الاولى للاراضى الصادرة في ٢٣ ذى الحجة سنة ١٢٦٣ ( ١٨٤٦ ) ان لواضع اليد على

(١) ص ٥١ — ٥٢ عربى و٩٥ — ٩٦ فرنسى (٢) ص١٠٠ نسخة فرنسية هامش ١
(٣) Usufruitier (٤) Propriétaires

لأرض[١] حق التصرف فيها بمقتضى هـذه اللائحة أى أن يجعلها غاروقة [٢] أو أن يتنازل عنهـا لشخص آخر بموجب حجة أو أمام شهود . وأباحت لمن ترك أرضه وغاب عنها حق استردادها . وان من يعجز عن دفع الضريبة تؤخذ أرضه ويستردها اذا دفع . وعلى كل حال فليس له على أرضه الا مجرد حق المنفعة

وجاءت لائحة ٨ جمادى الاولى سنة ١٢٧١ ( ١٨٥٤ ) وعدلت لائحة سنة ١٨٤٦ من طريق التوسع ووضعت أجلا مدته ١٥ سـنة لسقوط الحق بمرور الزمن فى الدعاوى والمطالبـات المختصة بالارض . ومنحت ورثة المتوفى ان كانوا ذكوراً حق الاستيلاء على الارض التى تركها مورثهم . وأما الورثة الاناث فلهن حق المطالبة بجزء من الارض لمعيشتهن فقط على شرط تقديم ضامن للخراج حتى اذا زال سبب العوز عادت الارض للحكومة [٣] . وأصبحت الحكومة لا تعول على الشهادات بل على المستندات الشرعية الصادرة من المديرية للاعتماد عليها فى مراجعة القيد فى المكلفات أى فى التوازيع

هذا ولقد رأينا « انه عند ما وزعت الاراضى بين الاهالى عام ١٨١٣ أعطى منها قسم عظيم الى مشايخ البلاد فى مقابلة الخدمات التى كانت الحكومة تكلفهم بها . وكان المشايخ ملزمين بزرع هذه الارض وبحرثها . ولهم أن يشاركوا أو أن يزارعوا عليها وأن يؤجروها لأناس من نفس الناحية الواقعة فيها الاطيان . على أن أولئك المشايخ حادوا عن هذا المبدأ واتبعوا خطة الملتزمين الاقدمين ولزموا أهالى الناحية بحرث أراضيهم سخرة وسببوا لهم بذلك ضرراً عظيما . فلما رأى ذلك ساكن الجنان سعيد باشا أصدر أمره العالى الرقيم ٥ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ ( ١٨٥٨ ) باعطاء أولئك الفلاحين منفعة الاراضى [٤] التى كانت معتبرة أنـ مشايخ وعمد البـلاد شاركوهم أو زارعوهم عليهـا أو آجروهم اياها . فقيدت تلك الأراضى بأسماء الفـلاحين على نفس الشروط المختصة بمنفعـة وخراج الأراضى

(١) Donataire (٢) Antichrèse (٣) ص٨٥ عربى و١٠١ فرنسى
(٤) Usufruit

الخراجية على وجه العموم » اهـ [١]

ولكن اللائحة الهامة جداً والتى كان لها شأن فى مصر فهى اللائحة السعيدية الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ ( ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ ) وقد نشرت فى مجموعة وأوامر الاطيان وهى المجموعة التى وضعت سنة ١٨٧٥ عند وضع القوانين المختلطه [٢] وحذف باللائحة عند ادراجها بالمجموعة ما ألغى منها من الاوامر والقوانين الصادرة بعد صدورها

هذا « واللائحة المذكورة تجوز صيرورة الارض الخراجية بالارث الى ذرية المتوفى من الذكور والاناث بحسب الشريعة الغراء فى الارث . وكذلك تعطى لكل شخص ذكراً كان او انثى الحق فى ملك الارض التى هو واضع يده عليها مدة خمس سنوات متواليات وقام باداء خراجها ملكا مطلقاً [٣] فلا تنزع من يده ولا تسمع فيها دعوى ولا قول من احد بوجه من الوجوه ولا طريقة من الطرق وتسيغ له جعلها بالغاروقة [٤] او رهنها [٥] او تأجيرها لمدة ستة سنوات تحت شرط تجديد عقد الايجار اذا أراد المؤجر التأجير [٦] واللائحة المذكورة تحفظ للحكومة الحق فى نزع الارض من حيازة واضع اليد عليها للمنافع العمومية بدون تكليف الحكومة بشىء فى مقابلة ذلك سوى رفع مال الاراضى التى اخذت فى تلك العمليات ، على انها توعز الى المديرين بالتحقق من جسامة الاضرار التى لحقت بواضع اليد من جراء أخذ أرضه منه ومن عوزه ، حتى اذا تحقق لهم انه فى حاجة أعطوه أراضى من أراضى الميرى الغير الممسوحة . ولقد منحت اللائحة المذكورة لمن غرس فى أرضه أشجاراً أو حفر سواقى أو أنشأ أبنية فيها الحق فى التصرف فى تلك الارض ولورثته من بعده بسائر التصرفات السائغة للملاك فى املاكهم [٧] » اهـ

(١) ص ٥٨ عربى و١٠٢ فرنسى

(٢) تقرير بطرس غالى بك بشأن الضريبة العقارية سنة ١٨٨٠

(٣) Possesseur incommutable (٤) Antichrèse

(٥) Hypothèque (٦) Renouvelable

(٧) النص الفرنسى يقول فقط Propriété absolue ص ١٠٤ — ص ٥٩ عربى و١٠٤ فرنسى

ومن هنا يتبين لنا أن الارض بمقتضى اللائحة السعيدية أيضاً لا تعتبر ملكا اماً مطلقاً لواضع اليد [١] بل الملكية الاصلية للحكومة . وأول دليل على ذلك عدم دفع شيء عند نزع الملكية . ولكن اللائحة هذه أباحت الملكية المطلقة لمن أقام أبنية أو نحت سواقى بأرضه . ومن وقت صدور هذه اللائحة زادت قيمة الارض المصرية

وفى ١٩ ربيع الآخر سنة ١٢٢٧ (١٨٦١) صدر امر عال يرخص للاوروباويين بانشاء وابورات لحليج القطن [٢] فى الاراضى حيازتهم . وكان محظوراً عليهم بمقتضى المعاهدات الدولية والامتيازات الاجنبية [٣] تملك أراضى بالديار المصرية ولكن محمد على أجاز لهم التملك بأن أنعم عليهم بأبعاديات بالشروط المعروفة لها أى اعطاء الحق فى ملك ذات العين ملكا مطلقاً كالاهالى [٤] . وأباح سعيد باشا بأمره سنة ١٨٥٨ بمبيع الاطيان الخراجية التى تركها من كانوا واضعى اليد عليها وسمح للاجانب بشراء ما يريدونه من هذه الاطيان وكانت تعطى لهم تقاسيط من الرزنامه كالابعاديات . على أنه مع ذلك ما كان يجوز للاجانب تملك اراضى خراجية بمصر بسبب الاحكام المقيدة التى كانت سارية على نفس هذه الاراضى

فلما صدرت اللائحة السعيدية سنة ١٨٥٨ واصبحت الارض مهيأة لنظام يضمن رواجها ونمو قيمتها ، وعلى الاخص بشأن ما تقرر من حق الملكية المطلقة لمن بنى فى ارض خراجية ، انهال الاجانب بأموالهم على مصر ونشطت الحركة الاقتصادية وزادها نشاطاً صدور الارادة الشاهانية [٥] بتاريخ ٧ صفر سنة ١٢٨٣ (٢٥ يونيو سنة ١٨٦٧ ) بالترخيص للاجانب بامتلاك املاك ثابتة فى جميع أرجاء المملكة العثمانية [٦]

---

(١) Tenancier (٢) Machines d'égrenage (٣) Capitulations

(٤) Une propriété (٥) Loi impériale

(٦) ص ٦٠ و ٦١ عربى وص ١٠٦ — والملحق ٨ ص ٣٤١ فرنسى .. وجاء بتقرير بطرس غالى باشا ( المنوه عنه بمجموعة القوانين طبعة سنة ١٩٠١ ) انه فى سنة ١٢٥٨ هجرية ١٨٤٢ لما رأى المرحوم محمد على باشا . انه نظراً لكون الاعطاء المقيد بالشروط القاضى بعدم التصرف

وفى ١٣ رجب سنة ١٢٨٢ ( ١٨٦٥ ) صدر أمر عال بالزام كل منتفع بأرض خراجية (١) بالحصول على حجة الايلولة (٢) من المحكمة الكبرى الكائنة بالاقاليم الموجودة به الاطيان . وكان يذكر بحجة الايلولة كما كان يذكر ذلك من قبل بأن المالك لا يعتبر الا مالكا لحق المنفعة فقط (٣) وهذا يثبت أيضاً بأن الملكية الحقيقية المطلقة انما كانت للحكومة

ولما صدر الامر العالى الرقيم ٢٢ شعبان سنة ١٢٨٣ (١٨٦٦) اصبح لواضعى اليد الحق فى الايصاء بما هم واضعو اليد عليه من الاراضى الخراجية . ولكن هذا الامر العالى قد احتفظ للخديوى حق الاقرار أو عدم الاقرار على ايقاف هذه الاراضى وهذا القيد يؤكد ان الملكية الاصلية لازالت للحكومة (٤)

وهذا ولما كانت الشريعة الاسلامية تجيز لواضع اليد ان يتركها للحكومة ان عجز عن زراعتها أو عن الوفاء بخراجها الامر الذى تأيد بقوانين أخرى تمسك كثيرون بهذا المبدأ وتركوا الاطيان للحكومة اما عجزاً عن القيام بالخراج واما فراراً من الطلبات العديدة للحكومة

ولم يقف ترك الراحل لاطيانه الخاصة به بل تناول ذلك احياناً اراضى لبقية الاسرة ذكوراً كانوا أو أناثا لأن اللائحة السعيدية كانت قررت بالمادة ٢ منها

---

فى هذه الاطيان لا بيع ولا خلافه ( وانما يجوز التوارث فيها ) غير موافق للشريعة الاسلامية ويترتب عليه عدم الوصول للغاية المقصودة وهى اصلاح الاطيان لو طرأ على اربابها اعسار وعدم مقدرة على زراعتها ، قد أصدر أمراً فى ٥ محرم سنة ١٢٥٨ صرح فيه لارباب الاطيان المذكورة بالتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات الشرعية من بيع وهبة ونحو ذلك . وتنبه على الرزنامة بابطال شرط عدم التصرف فيها من التقاسيط واعطاء تقاسيط خلافها مندرجا بها هذا التصريح . وجاء بهذا التقرير أيضاً أنه لغاية سنة ١٢٧١ هجرية ( ١٨٥٤ ميلادية ) لم يكن مربوطا شىء على أطيان الابعاديات والجناين ، وفى ٧ محرم سنة ١٢٧٣ صدر أمر من سعيد باشا بالزام أرباب الاطيان المذكورة بتوريد عشور محصولاتها ضعفا — ولذا أطلق عليها اسم أطيان عشورية ( راجع حكماً مطولا لهذا البيان التاريخى صادراً من محكمة الطارين الجزئية فى ١٠ فبراير سنة ٩١٨ ش ، ٥ ص ٣٠٣ — ٣١٠ رقم ٦٦ )

(١) Usufruitier (٢) Titre légal (٣) Propriétaire de l'usufruit

(٤) ص ٦٣ عربى و١٠٧ فرنسى

باقامة الارشد فى العائلة [1] وكيلا عن بقية الورثة . فتظلم الورثة من ترك الاطيان اضراراً بهم . وعلى ذلك صدرت مضبطة من مجلس الاحكام فى ٩ ذى القعدة سنة ١٢٨٣ ( ١٨٦٦ ) [2] أصبحت قانونا فيما بعد بأنه لا يسقط حق القاصر فى الاطيان الخراجية بترك كبير العائلة لها ما لم يمض على القاصر بعد بلوغه خمس سنوات لم يطالب فيها بحقه . وكان البلوغ مقدراً بسن ٢١ سنة [3]

وفى سنة ١٨٦٩ أصدر الخديوى أمراً عاليا مطابقاً لرغبة العمد والمشايخ وهو أن يكون تكليف الاطيان من الآن فصاعداً على أكبر أولاد المتوفى . أما الايراد فيجرى تقسيمه سنويا على العائلة كل وما يخصه . حصل ذلك عند ما تذمر العمد والمشايخ من تقسيم الاراضى بعد الوفاة على الورثة ، اذ رأوا فى ذلك اضعافا لشأنهم وتقليلا لنفوذهم المتصل بمساحة الارض . وفى عدم قسمة الارض بين الورثة وفى بقائها مكلفة على ذمة الارشد عود للروكية القديمة أى الاشتراك فى المعيشة العائلية وهو نظام مصرى قديم [4]

وفى سنة ١٨٧١ صدرت لائحة المقابلة [5] وكانت بمثابة عقد مشارطة بين الخديوى والمتمول [6] يقضى بأن من يدفع معجلا خراج ست سنوات عن أرضه يعفى من دفع نصف الخراج مدى الحياة [7] ويعطى حق الملكية المطلقة [8] عن الارض التى دفع ثمنها . وقد ألغيت هذه اللائحة سنة ١٨٧٦ وأعيدت فى ذات السنة ثم الغيت ثانياً سنة ١٨٨٠ وتأيد الغاؤها بقانون التصفية الصادر فى السنة نفسها

ولكن الغاء لائحة المقابلة لم يؤثر على الحقوق المكتسبة من قبل اذ اصبح لمن دفع المقابلة مالكا للاراضى الخراجية ملكا مطلقاً لا يشاركه فيه شريك بعد

(١) Le plus âgé (٢) Déclaration (٣) ص ٦٣ عربى و١٠٨ فرنسى

(٤) ٦٣ عربى و١٠٩ فرنسى

(٥) انظر ملخصها بكتاب الاطيان والضرائب لواضعه جرجس بك حنين ص ٢١٥ — ٢١٩ طبعة سنة ١٩٠٤ (٦) Contribuables (٧) A perpétuité

(٨) Propriété absolue

ان كان لا يملك فيها الا حق المنفعة [١] كما رأينا

هذا ولما رأى الخديوى أن أمره الصادرسنة ١٨٦٩ الخاص بتكليف الاطيان على أرشد العائلة قد أضربافراد العائلة الآخرين أصدر أمراً فى ٩ يوليوسنة ١٨٨١ ( أى بعد لائحة المقابلة وبعد قانون التصفية ) بالغاء أمره السابق وأن يقيد باسم كل وارث نصيبه فى الاطيان شرعاً ذكراً أو أنثى وان له الحق فى الحصول على حجة بما يملكه من واقع ما جاء بالمكلفة [٢]

هذا ويقرر يعقوب أرتين باشا سنة ١٨٨٣ عند وضعه لكتابه هذا الشهير جداً أنه لا يوجد فى ذلك الوقت أطيان يملك أربابها منفعتها فقط الا أطياناً قليلة خراجية وأطيان مصلحة الاراضى الميرية ، الدومين ، على وجه العموم [٣] ويقول بأن الاطيان المملوكة للميرى هذه تقسم الى قسمين

أولا — الاطيان التى تديرها مصلحتا الاراضى الميرية [٤] والدائرة السنية [٥] وأطيان هذا القسم كانت مملوكة للخديوى اسماعيل ولاولاده الذكور والاناث الذين دفعوا المقابلة وامتلكوها ملكا نهائياً ثم اضطروا الى التنازل عنها للحكومة

ثانياً — الاطيان المعروفة بأطيان الميرى الحرة [٦] وهى المملوكة لها خاصة ولم يكن للغير حقوق عليها [٧] وهى أراضى خالية من الزراعة أو غير مستصلحة أو نشأت عن زيادات مساحة وكانت مملوكة للميرى . وصدرت لهذا النوع الاخير لائحة فى ١٤ اكتوبر سنة ١٨٨٠ بشأن بيع هذه الاطيان . وورد بالمادة ١٢ منها ما يأتى : « الاطيان [٨] التى تباع تكون جميعها خراجية . ومع ذلك تعطى بها حجج بتمليك العين [٩] »

٧١ — والخلاصة مما تقدم جميعه ما يأتى :

---

(١) Usufruit (٢) ٦٥عربى و١١١ فرنسى

(٣) Domaines (٤) Commission des Domaines de l'Etat

(٥) Commissoin de la Daïra Sanieh (٦) Biens libres de l'Etat

(٧) ٦٥ عربى و١١٢ — ١١٤ فرنسى (٨) Les terres arables

(٩) En plein propriétés

«من امتلك أرضا عشرية أو خراجية أو أبعدية أو أوسية أو أرضاً خراجية مهما كان نوع خراجها وكانت تلك الارض دفعت عنهــا المقابلة بتمامها أو بعضها أو أرضا من ضمن أملاك الميرى الحرة الجارى مبيعها من سنة ١٨٨٠ فهو مالك لعين تلك الارض[١] مهما كانت جنسيته ومهما كان دينه . ولا فرق بين هــذه الاطيان وبين الأطيــان التى تدفع للميرى عشر ثمنها الا فيما خص الايقاف . فان الاراضى التى تدفع خراجاً لا يجوز ايقافهــا الا بتصريح من الخديوى . اذ أن إيقافها متعلق بارادته البتة كما جاء ذلك فى البنــد السادس من لائحة المقابلة وفى الامر العالى الرقيم ٢٢ شعبان سنة ١٢٨٣ ( ١٨٦٦ ) . أما الاطيــان التى لم تدفع عنها المقابلة فلا تزال تسرى عليها أحكام الأوامر العالية الصادرة فى ٥ محرم سنة ١٢٥٨ ( ١٨٤٨ ) و ١٨ رمضان سنة ١٢٧٣ ( ١٨٥٦ ) و ٢ شعبان سنة ١٢٧٦ ( ١٨٥٩ ) . أى أن الابعاديات التى فى أيدى أربابها حجج وتقاسيط بها ستبقى مملوكة لهم . وان الاواسى المرتبة فى الرزنامة تنحل للميرى عنــد انقراض الذرية من الذكور والاناث والاراضى المذكورة هى قليلة جداً — أما الاطيان الخراجية على وجه العموم فحيث أنه ليس لواضع اليد عليهــا أن يملك عينها ولا أن يوقفها فالمملوك منها انما هو المنفعة فقط . أما العين فهى مملوكة للحكومة أى للخديوى كما يثبت ذلك اثباتاً نافياً للريب والشك عدم الزام الحكومة باعطاء بديل ما لمن نزعت منه أرضه للمنافع العمومية » اهـ [٢]

* * *

هذه هى حالة الاراضى المصرية من الوجهة التشريعية حتى سنة ١٨٨٣ أى ظهور كتاب أرتين باشا باللغة الفرنسية . ومنها نعرف الكيان القانونى لها ومبلغ أثرها فى التشريع المصرى الذى ظهر بعد ذلك بشكل القوانين الاوروبيــة أى التشريع الموضوع على شكل مواد [٣] . وأول العهد بذلك هو القوانين المختلطة

(١) Propriétés absolues

(٢) ص ٦٦ — ٦٧ و ١١٤ — ١١٥ فرنسى

(٣) Codes

التى وضعت سنة ١٨٧٥ وعمل بها فى أوائل سنة ١٨٧٦ . وتلاه التشريع الاهلى الذى وضع على هذا النمط أيضاً سنة ١٨٨٣

وانا نبين الآن هـذا التشريع المختلط وتطوره ثم التشريع الاهلى وأدواره وبذا نستطيع الوقوف على الحقائق العلمية والتاريخية لبعض المسائل القانونية والعملية التى اختلفت فيها أحكام المحاكم وآراء الشارحين فى وقتنا الحاضر

## ٤) الملـكية المصـرية
## والتشريع المختلط

**٧٢** — وضع القوانين المختلطة [١] المحامى الفرنسى مونورى [٢] أخذاً عن القوانين الفرنسية مع مراعاة أحوال البلاد الخاصة بها . ووضع المواد ١٩ — ٢٦ بما يتفق مع أحوال البلاد فى ذلك الوقت . ويلاحظ بأن هـذه المواد لم تتعدل بعد برغم تعديل أشباهها بالقوانين الاهلية . هذا وقد جمعت الحكومة المصرية اللوائح والاوامر الخاصة بالاراضى المصرية وأعدتها للمحاكم المختلطة للسير عليها سنة ١٨٧٥ كما أثبتنا ذلك [٣] وقلنا بأن اللائحة السعيدية الموضوعة سنة ١٨٥٨ والمعدلة سنة ١٨٧٥ قد وردت من ضمن هذه المجموعة . ولذا تعتـبر سارية للآن الا فيما ألغى منها

أشار الشارع المختلط الى الاملاك التى يتمتع فيها أصحابها بالملكية الـكاملة أى بحق الرقبة وحق المنفعة وقرر بالمادة ٢٠ ما يأتى : « تسمى ملـكا [٤] العقارات التى يصح ان يكون للناس فيها حق الملك التام » [٥] ويريد الشارع بذلك حتما الاشارة الى العقارات التى يملكها المصرى والاجنبى بعصر ملـكا تاما

---

(١) Codes (٢) Maunoury

(٣) ومنوه عن هذه المجموعة بكتاب القوانين العقارية بالنسخة الفرنسية الطبعة الثانية ص٣٤ بند ٩٧ والمجموعة مطبوعة بالاسكندرية سنة ١٨٧٥ بمطبعة ا. موريس ( A. Mourès )

(٤) Mulks (كذا) (٥) Droit entier de propriété

مطاقا ويكون قد دفع عنها المقابلة طبقاً للائحة المقابلة الصادرة سنة ١٨٧١ والتى لم تلغ نهائيــاً الا بقانون التصفية الصادر سنة ١٨٨٠ لان ذلك الالغاء لا يسرى مفعوله على ما تقدمه من الحقوق المكتسبة . ومهما كان اصل الارض سواء كانت عشرية او خراجيــة ابعدية او اوسية . اذ بدفع المقابلة تتحرر الاراضى من القيود التى قررها الحاكمون عليها حتى قبل ســنة ١٨٧١ وما بعدها بقليل . ويدخل فى ذلك أيضاً الاراضى التى يكون قد بنى فيها اصحابها سواقى او منازل اذ تصبح ملكا تاما لهم ( المادة ١١ من اللائحة السعيدية ســنة ١٨٥٨ ) وكذلك الابعــاديات . والاراضى التى انعم بهــا محمد على على الاجانب وقرر لها احكام الأبعاديات كما رأينا . والاراضى التى تملكها الاجانب طبقاً لقانون يونيوسنة ١٨٦٧ ( صفر سنة ١٢٨٣ ) واخيراً الاطيان الحرة المملوكة للحكومة خاصة والتى تبيعها للافراد طبقاً للائحة الخاصة بها المؤرخة ١٤ اكتوبر سنة ١٨٨٠

وعرفت المادة ٢١ مختلط الاطيان الخراجية بما يأتى: « الاراضى الخراجية [1] هى التى فى ملك الميرى [2] وأسقط حق منفعتها للنــاس بالشروط والاحوال المقررة فى اللوائح » . وهذه الاراضى الخراجيــة هى تلك الاراضى التى رأينــا تفصيلها فيما تقدم والتى تحتفظ الحكومة فيها بحق الملكية . وكل ما يملكه الفرد فيها انما هو حق المنفعة فقط . والرقبة مملوكة للحكومة . ويجوز التوارث فى حق المنفعة طبقاً لما قررته اللائحة السعيدية ســنة ١٨٥٨ الا ما تعلق بالوقف فانه أمر معقود بمصادقة الحــكومة ان شاءت أجازته أو شاءت رفضته . وأكبر دليل على ذلك ما رأيناه بشأن نزع ملكية هــذه الاراضى للمنفعة العامة اذ لا تلزم الحكومة بدفع تعويض لصاحب المنفعة الا اذا تبين عوزه فتمنحه أرضاً . أو اذا تبين انه أحدث بناية أو عمل سواقى فان الارض ملكه لا يكره على التخلى عنها الا بتعويض كمالك الارض الذى دفع عنها المقابلة .

وعرف الشارع المختلط أراضى الوقف بالمادة ٢٢ فقال « الاموال الموقوفة [3]

(١) Haradjis ou tributaires (٢) Etat (٣) Mainmorte

هى المرصدة على جهة بر لا تنقطع[1] ويصح أن تكون منفعتها لاشخاص بشروط معلومة حسب المقرر فى شأن ذلك »[2] ويظهر لنا أن المادة تشير الى الوقف الخيرى فى عبارتها « جهة بر لا تنقطع » والى الوقف الاهلى فى عبارتها « أن تكون منفعتها لاشخاص بشروط معلومة » . وأما قول المادة « حسب المقرر فى شأن ذلك » وقولها بالنسخة الفرنسية « حسب المقرر باللوائح[3] » فربما يشير الشارع اما الى الاصول المقررة بالشريعة الاسلامية فى الوقف أو الى نفس الوقفية ( وفى هذه الحالة ما كانت هناك حاجة لذكر عبارة لوائح لان الوقفية ليست لائحة ) واما يشير أخيراً الى القوانين والاوامر الحكومية الخاصة بحق الحكومة فى المصادقة للافراد الحائزين لعقارات خراجية على وقف الارض أى وقف حق المنفعة المقرر لهم باعتبار أن حق الرقبة انما هو ملك الحكومة خاصة[4]

وعرف الشارع المختلط الاموال المباحة بالمادة ٢٣ كما يأتى « الاموال المباحة[5] هى التى لا مالك لها ويجوز أن تكون ملكا لاول واضع يده عليها » وألحقها الشارع بالمادة ٢٤ كما يأتى : « انما لا يجوز وضع اليد على الاراضى المباحة الا باذن الحكومة[6] على حسب الشروط المقررة فى اللوائح[7] » والذى يجب أن نلاحظه فى هاتين المادتين أن الاموال المباحة فى أولاها ليست الاموال المباحة فى ثانيتهما : اذ الأولى تتعلق بالاموال المباحة التى تركها الافراد وتخلوا عن ملكيتها[8] وهى الاموال التى أشارت اليها المادة ٧٩ مدنى مختلط فى قولها : « الاموال التى ليس لها مالك تعتبر ملكا لاول واضع يده عليها » أو الاموال

(١) Établissement pieux (٢) Réglements (٣) Regléments

(٤) وعلى كل حال ما كانت الحاجة ماسة سنة ١٨٧٥ الى وضع كلمة اللوائح التى شابها من الغموض ما رأينا . وربما كان هذا السبب هو الذى جعل المترجم فى النسخة العربية يحار فى ترجمة كلمة Réglements اذا لم يشأ ترجمتها باللوائح بل ترجمها كما رأينا «حسب المقرر فى شأن ذلك» تفاديا مما عساه أن تلاقيه كلمة لوائح بالنسخة العربية من الغموض ما يتعذر معه التفسير

(٥) Libres (moubah) (٦) Autorisation du gouvernement

(٧) Réglements (٨) Res derelicta

المباحة بالمعنى العام(١) وهى التى لم يمتلكها مالك فى أول الامر اذ تصبح ملكا لاول من يضع يده عليها كالاسماك فى الانهار والبحار

أما المادة الثانية ٢٤ فانها تتعلق بالاراضى غير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى كما تنص بذلك المـادة ٨٠ مدنى مختلط . وهذه الاراضى لا يملكها الافراد الا بالشروط المقررة بلوائح الحكومة . وفى ذلك تقول المـادة ٨٠ ما يأتى : « أما الاراضى الغير مزروعة (٢) المملوكة شرعاً للميرى(٣) فلا يجوز وضع اليدعليها الا باذن الحكومة ويكون أخذها بصفة أبعادية (٤) تطبيقاً للوائح المحلية (٥) — انما من زرع أرضاً من الاراضى المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها غراساً يصير مالكا لتلك الارض ملكا تاماً (٦) لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها (٧) مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التاليـة لاول وضع يده عليهـا » وهنا نشعر بالرابطة القائمة بين المادة ٢٤ والمادة ٨٠ مختلط لانهما يشيران معاً الى « اذن الحكومة » والى « اللوائح »

هذا وكان من الجائز للحاكم الشرعى كما رأينا أن يوزع بين الناس أراضى غير ممسوحة وغير مزروعة ومعفاة من الضريبة وذلك كله فى سبيل عمران البلاد . وقد رأينا أن الحائز للابعادية انما هو مالك لها ملكا تاماً أى يملك الرقبة والمنفعة معاً بواسطة تقسيط من الرزنامة

ولا يكون التصريح الآن من قبل الحكومة منتجاً من حيث وضع اليـد ونقل الملكية الا اذا روعيت الشروط المقررة بالامر العـالى المؤرخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ وهى : (١) تحرير حجة الاعطاء وشروطها — (٢) مصادقة مجلس الوزراء — (٣) تسليم الارض لصاحب الحجة بمعرفة مندوب الحكومة (٨)

---

(١) Res nullius (٢) Non cultivées (٣) De plein droit

(٤) Constitution d'une abadie (٥) Règlements locaux

(٦) Plein propriétaire (٧) Non - usage

(٨) م ت ق ، ١٩ ، ١٨٥

بحيث اذا نقص شرط واحد جاز سحب التصريح وبطل مفعوله [١] . ولا يملك العربان بمضى المدة الاراضى البور المملوكة للحكومة لان الامر العالى الصادر فى ١٧ محرم سنة ١٢٨٤ (٢١ مايو سنة ١٨٦٧) أجاز لهم زراعتها فقط لتعيشهم على مياه الامطار شتاء وحظر عليهم التصرف رهناً وبيعاً . وهو قانون صحيح قائم للآن ومؤيد بالمادة ٨٠ مدنى مختلط [٢]

ونظراً لغموض المادة ٨٠ هذه وما قام حولها من الخلافات القضائية فانا نفرد لها فصلا خاصا نستجلى فيه ما دار حولها من هذه الخلافات. ولما كان النص المختلط هو كالنص الأهلى فان ما نقوله هنا يسرى أيضاً فى القانون الأهلى

## فى التملك بالاستيلاء والمـادة ٨٠

## مدنى مختلط و ٥٧ أهلى

**٧٣** — رأينا من نص المـادة ٨٠ انها مكونة من فقرتين : الفقرة الاولى

---

(١) م ر ١ ، ١٧ ص ٤١ عدد ٢٧ — ش٢ ص ٣٠٥ عدد ٣٣٠ — م ت ق ، ٢٠، ٩٧ — م ت ق ، ٢٨ ، ٥٦ — ش ٥ ص ٣٨٠ عدد ٨٦ — م ت ق ، ١٤ ، ٣٧٠

(٢) استئناف ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ ص ١١١ عدد ٨٧ — وقد أيد هذا الحكم الحكم الابتدائى الصادر من محكمة اسكندرية فى ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ٢٠ ص ١١٢ — ح ، ٣٥ ص ٨٦ . ولكن مع ذلك يجب أن يتلاحظ بأن الحكم الابتدائى ذكر ضمن أسبابه ماياتى : « وحيث أنه علاوة على كون البائعين للمدعى لم يحصلوا على حجة رسمية تملكهم الاطيان المبيعة منهم ولم يصدر لهم اذن من الحكومة بنقل تكليفها على أسمائهم بدفاترها ولا باضافتها على أسمائهم باستمارات وضع اليد وقت مساحتها وتجزئتها على حيضان وقطع ونمر أسوة بالاراضى المرتبة للزراعة ولم يربط عليها مال للآن . ولان أيضاً الزراع من العربان لبعض أجزائها لم يعملوا فيها أعمالا تجعل الزراعة مستمرة ولم يغرسوا عليها أشجاراً ولم يبنوا فيها مبانى ثابتة ... » وهذا يشعر بأن المحكمة تبيح امتلاك الاراضى البور فيما اذا توافرت شروط المادة ٥٧ ٨٠ مدنى فى شطرها الاول أو فى شطرها الثانى . مجموعة عياشى ص ١٧٦ عدد ٧٩٩ — هذا وأما القول بأن الامر العالى الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٤ قد الغى الامر العالى السابق الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ فهو غير صحيح لان أمر سنة ١٨٩٤ انما يختص بالاراضى المعطاة للعربان ولم تدفع عنها المقابلة . وما ورد بذيل الصفحة ١٣٤ من كتاب القوانين العقارية ص ١٣٤ طبعة ثانية بشان هذا الالغاء المزعوم لم يكن من وضع المشرع بل هو من عمل جامع القوانين المذكورة : الحكم الاستئنافى المذكور فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ )

تعلق بالاستيلاء على الاراضى البائرة من طريق وضع اليد[1] باذن من الحكومة المالكة لها شرعاً . والفقرة الثانية تتعلق بالاستيلاء على هذه الارض بواسطة زرعها و الغرس فيها أو البناء عليها ، ووضع اليد عليها مدة ١٥ سنة على شرط أن لا تنقطع اليد عن استعمالها مدة خمس سنوات .

أما عن الفقرة الأولى فقد تكلمنا عنها حيث لا يجوز اعطاء الا بعاذية هذه الأفراد الا اذا روعيت الشروط المقررة بالأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤

ويبقى هنا التكلم عن الفقرة الثانية

هنا مذهبان قضائيان يؤيد أحدهما الفقه المصرى فيما يتعلق فى تفسير هذه الفقرة الثانية . مذهب يقول بأن هذا الاستيلاء لا يكون مملكا بمدة ١٥ سنة مع عدم زوال الاستعمال خمس سنوات ، الا اذا كان مسبوقاً أيضاً باذن من الحكومة ، أى لا بد فيه من الاذن كما فى الفقرة الاولى . ومذهب يقول بأن هذا الاستيلاء يملك واضع اليد ملكية الارض بشرط ال١٥ سنة والشرط الخاص بالاستعمال مدة خمس سنوات ، وبلا حاجة الى اذن من الحكومة وتأيد كل من الرأيين بأحكام قضائية

وانا ازاء هذين المذهبين لا نرى بداً من عرض حجج كل منهما لنتعرف أيهما يجب الأخذ به . وانا نفرد لكل مذهب قولا نأتى فيه بأدلته بعد أن استقيناها من الاحكام التى أيدتها

---

(١) Prise de possession

## § ١ — مذهب القضاء المصرى

### ا — المذهب الاول

لا بد فى وضع اليد الطويل مع شرط عدم الانقطاع خمس سنوات من شرط اذن الحكومة

٧٤ — يستند هذا المذهب الى ما يأتى :

١ — « ان الفقرة الثانيــة وان لم تنص على الاذن من الحكومة كما نصت عليه الفقرة الاولى الا أنه يجب الاخذ بالاذن مع ذلك . لانه وان كان من صالح الحكومة اصلاح الاطيان الغير صالحة للزراعة ، الاأنه اذا امتلك الاهالى الاطيان بعدم اذن منها تصبح بذلك أطيانها عرضة للضياع ، اذ من يمكنه وضع يده خفية على جزء منها وزرعه ، لا يتأتى للحكومة منعه من اغتصاب ذلك الجزء » [١]

٢ — «انه لا يعقل أن يكون اذن الحكومة شرطاً فى اكتساب حق الانتفاع [٢] الذى هو جزء من أجزاء الملكية ولا يكون شرطاً فى اكتساب الملكية كلها . لان اللوائح السابقة على القانون المدنى والاوامر العالية الصادرة بعده تفيد أن الملك بالغرس أو البنـاء أو الزرع يكون لصاحب الاثر ، أى لصاحب حق الانتفاع . والامر العالى الصــادر بتاريخ ٩ سبتمبر ســنة ١٨٨٤ يفيد أن امتـلاك أرض الحكومة الخارجة من الزمام موقوف على اجراءات مخصوصة أخصها تصــديق مجلس النظار » [٣]

٣ — ان الفقرة الاولى من المـادة ٥٧ تفيد « أنه بعــد تصريح الحكومة

---

(١) استئناف ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ر ١ ، ١٧ ص ٤١ عدد ٢٧

(٢) Prise de possession

(٣) الحكم السابق — حكم محكمة المطارين الجزئية فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٨ مجلة الشرائع المجلد ص ٣٠٧ ووارد ذلك ضمن أسباب الحكم وصاحب الحكم هو الدكتور عبد الفتاح السيد بك وكيل كلية الحقوق

نع اليد فلها الحق أن تسحب هذا التصريح فى أى وقت كان . ولكن الفقرة
نية تفيد أنه اذا زرع الشخص أوغرس الخ بعد هذا التصريح فلاحق للحكومة
، تسحب تصريحها أو تقطع مدة وضع اليد المكسبة للملكية . وان من بنى
زرع لا يفقد ملكيته الا اذا ترك الارض مدة خمس سنين فى ظرف الخمس عشرة
نة الاولى » (١)

٤ — ان اذن الحكومة خاص باعطاء حق المنفعة فى حالة الابعاديات . وهو
ص كذلك فى حالة اعطاء الملكية للافراد . والاذن لازم لحق المنفعة
الملكية معاً (٢)

٥ — ان المادة الاولى من اللائحة السعيدية الصادرة فى سنة ١٨٥٨ قررت ان
لاراضى الخراجية الميرية لا يجرى فيها الميراث بعد وفاة شخص من أربابها بل لبيت
مال أن يوجهها لمن يشاء . وان الاولى بان تتوجه الى ورثة المتوفى ذكوراً وأناثا
بشرط ان يكونوا مقتدرين على زراعتها واداء خراجها . هذا هو شأن الاراضى
الخراجية التى مسحت سنة ١٨١٣ وأما الاراضى البائرة فقد استبعدت من الزمام
وسميت اباعد وكانت تعطى رزقة بلا مال للذوات والوجوه بقصد اصلاحها ذريعة
نماء الثروة العمومية وزيادة دخل الحكومة مما تجبيه من الضرائب . وكان التصرف
ممنوعاً فيها ومحظوراً على واضعى اليد عليها . انما يجوز فيها التوارث . ولكن صدر
أمر عال سنة ١٢٥٨ هـ باباحة التصرف فيها من بيع وهبة ونحو ذلك . وفى سنة ١٢٧١ هـ
أمر سعيد باشا بالزام اربابها بتوريد عشور محصولاتها صنفا . ولذا أطلق عليها اسم
اطيان عشورية . وان المادة ٥٧ مدنى لم تخرج عما قررتها اللائحة السعيدية
بالمادة ١١ اذ تقرر بهذه الاخيرة ما يأتى : « ان الأراضى الميرية الخراجية التى يصير
فيها غرس أشجار وحفر سواق وانشاء أبنية ، فمثل هذه الاراضى التى تصير

---

(١) الحكم المذكور لمحكمة المطارين (٢) استئناف ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ر ١ ، ١٨
ص ٩٥ عدد ٥٤ . ولم يدخل هذا الحكم كالحكم السابق فى تمحيص أوجه النظر بل قرر نظريته
باعتبار انه مسلم بها . وهذا غير صحيح طبعاً

مشغولة بما ذكر يكون للغارس أو البانى الذى هو صاحب الاثر ولورثته من بعده حصول التصرف فيها بسائر التصرفات الشرعية من بيع وهبة وغير ذلك من سائر التمليكات وهذا يكون اجراؤه من ابتداء صدور اللائحة . . . » أى أن الملكية التامة للاراضى الخراجية لا تكون مكتسبة للافراد الا للاراضى التى تغرس فيها أشجار أو تحفر سواق وتقام فوقها أبنيـة . ولم تعتبر الاراضى الخراجية ملـكا تاماً نهائياً لاربابها الا فى سنة ١٨٩١ وتأيد ذلك سنة ١٨٩٦ . أما الاراضى البور فهى مملوكة رقبة ومنفعة للحكومة الا اذا نزلت عن هذين الركنين للافراد بشكل أبعادية أى باذن من الحـكومة . وما دام أن الفقرة الاولى من المادة ٥٧ اشترطت الاذن فكذلك يجب الاذن أيضاً بالنسبة للفقرة الثانية ، وذلك من طريق الرجوع الى اللوائح والاوامر السابقة على وضع المادة . « وأن الشارع لم يرغب أن تبقى الاراضى البور رغم وضع اليد عليها مملوكة الرقبة للحكومة الى ما شاء الله بل أراد أن تؤول ملـكيتها الى واضعى اليد ، وأن يتحول حق المنفعة الى ملـكية تامة »(1) بمعنى أن حق الانتفاع لابد فيه من اذن الحـكومة فى الاراضى البور . فاذا استمر وضع اليد بالانتفاع قائماً وشفعه المنتفع بالزراعة والغرس والبناء أصبح المنتفع مالـكا لحقى الانتفاع والرقبة على شرط مضى مدة ١٥ سنة على وضع يده وعلى شرط عدم ترك الارض بلا استعمال مدة خمس سنوات . انما وضع اليد لابد وأن يكون مسبوقاً باذن من الحـكومة فى جميع الاحوال . فاذا توافرت مدة الـ ١٥ سنة والـ ٥ سنوات استحالت المنفعة الى ملـكية تامة (2)

---

(١) حكم المطارين المذكور ص ٣٠٧ ضمن الاسهاب

(٢) وقد استشهد حكم المطارين بحكم الاستئناف المختلط الصادر فى ٥ ديسمبر سنة ٩٠٥ م ت ق ، ١٤ ، ٣٨ . وراجعنا هـذا الحـكم فلاحظنا أنه لم يبحث فى مسئلة الاذن باعتبارها مسئلة خلافية . بل كل ما قرره هذا الحـكم فى المبدأ الاول من مبادئه « ان الاراضى البائرة لا تمتلك بالاستيلاء الا باذن من الحـكومة . ولكن تمتلك بالاستيـلاء اذا ظل وضع اليد قائما مدة ١٥ سنة » « وانه اذا كان صاحب الشأن لم يستطيع اثبات وجود اذن من الحـكومة Acte de concession فلا يجوز له الزام الحـكومة أن تقوم هى باثبات هذا الاذن ضد نفسها بينما هى تنكر وجوده » وربما تشير العبارة الثانية من المبدأ الى اذن الحـكومة فى حالة الفقرة الثانية . ثم

## ب — المذهب الثانى

## لامحل لشرط اذن الحكومة فى وضع اليد الطويلة

## مع شرط عدم الانقطاع خمس سنوات

٧٥ — يستند هذا المذهب الى الادلة الآتية :

١ — ان المادة ٨٠ مختلط تبيح التملك بالاستيلاء اذا توافر شرطان : شرط الخمس عشرة سنة وشرط عدم ترك الاستعمال مدة خمس سنوات [١]

٢ — ان الفقرة الاولى تقرر ضرورة الحصول على اذن الحكومة لاجل وضع اليد. ثم جاءت الفقرة الثانية وبدأت عبارتها بقولها «انما» [٢] وهو استدراك للقاعدة الاولى . أى أن تملك أراضى البور على نوعين : نوع بصفة أبعادية. ولا بد فيه من اذن الحكومة . والملكية هنا تامة . ونوع يحصل بالزراعة والغراس

أشار هذا الحكم الى أنه لا يؤخذ بوضع اليد المقرر بالمادة ٨٠ مختلط المقابلة للمادة ٥٧ الا اذا كانت لدى واضع اليد نية التملك animus possidendi وأن يكون وضع اليد فوق ذلك هادئاً وعلنياً ومستمراً وغير مبهم ومشفوع بأعمال مادية ظاهرة وهى الزراعة والغرس والبناء . وأنه يجب فى تفسير هذه المادة الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية التى لا تقرر الملكية لمجرد من وضع يده على أرض موات terre morte ، انما تقررها لمن أحياها vivifier بالفعل وأجرى بها أعمالا تدل على رغبته فى التملك بما فيه اشعار للمالك الاصلى بما يحف الارض من الاخطار المحدقة بها والتى يمكن أن تستحيل الى نزعها من يده بعد مضى الزمن . وعلى ذلك لا يملك بالاستيلاء من جاء لارض بائرة مساحتها ٥٠٠ فدانا ووضع لها حدوداً وحفر بها آباراً وساقية وزرعها ببعض أصناف الزراعة فى أوقات مختلفة مستعيناً بالمياه المتخلفة عرضاً عن السيل، وذلك فى مدة ١٧ سنة. ويعتبر موقف الحكومة ازاء واضع اليد موقف المتسامح الذى لا يضره التجاوز عن أعمال يجريها الغير فى أرضه بطريقة متقطعة وبغير الشرائط القانونية المملكة بوضع اليد ) ويلاحظ أن الشارع المختلط أشار بالمادة ٥٠ فقرة ٢ أن الابعدية تقرر حق انتفاع وقرر زوالها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات

(١) استئناف م ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ت ق ، ٨ ، ٣١٧ دون أن يذكر الحكم تعليلا قانونياً سوى قوله بأن المادة ٨٠ المذكورة ترجع فى وضعها الى ماكان مقرراً قبل سنها وثابتاً باللوائح السابقة على التشريع المختلط — استئناف م ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ت ق ، ١٣ ص ٥٢ ولم يبحث هذا الحكم فيما اذا كان اذن الحكومة امراً مختلفاً فيه . بل جرى على الاخذ بالتملك بالاستيلاء عند توافر شرط مدة الـ ١٥ سنة ومدة الـ ٥ سنوات

(٢) Toutefois .

والبناء . ولا تتم هـذه الملكية الاخيرة الا بتوافر شرط الـ ١٥ سنة والـ ٥ سنوات . أى أن الملكية قبل فوات المدة ملكية قابلة للفسخ [1]

٣ — « انه من التعسف أن يقال أن الشارع قصد بعبارة « انما كل من زرع » الخ من زرع أو غرس أو بنى ممن أذنوا من الحكومة بوضع يدهم وأخذوا بصفة أبعادية ، اذ أن التعبير عن هذا القصد بالصورة التى جاء عليها تعبير ركيك يجب أن تتنزه عنه النصوص القانونية . ثم انه لا معنى لتقرير شرط به تصير الارض المأخوذة بصفة أبعادية ملكا تاما الا اذا كان حق أصحاب الاباعد حقاً آخر غير الملك التام . على أن اللوائح الخصوصية السابقة على القانون المدنى والتى يشير اليها النص قاضية بأن الاباعد ملك تام لاصحابها « أنظر كتاب القوانين العقارية فى الديار المصرية طبعة ثانية صحيفة ٨ »[2] والارض البور هى الارض الموات التى يرغب الشارع فى احيائها لانماء الثروة العمومية وزيادة الاموال الاميرية [3]

٤ — « ان الفكرة الاساسية التى بنيت عليها هذه الاحكام ( أى الاحكام المؤيدة للمذهب الاول ) انه لا يعقل أن يكون اذن الحكومة شرطا فى اكتساب حق الانتفاع الذى هو جزء من أجزاء الملكية ولا يكون شرطا فى اكتساب الملكية كلها » . على «أن المقصود من الفقرة الاولى للمادة ٥٧ التى نصت على أنه لا يجوز وضع اليد على الاراضى الاميرية الا باذن الحكومة ، هو تقرير حق هذه الاخيرة فقط على الاراضى المذكورة واخراجها من حكم الاموال المباحة التى نص عنها الشارع فى المادة السابقة للمادة ٥٧ . وقد رأى الشارع فى الوقت الذى قرر فيه هذا الحق والطريق العادى لامتلاك أملاك الحكومة الحرة أن يخول للاهالى حق امتلاك هذه الاراضى بمجرد زرعها أو غرسها أو البناء فيها بقيد واحد وهو الاستعمال مدة خمس عشرة سنة متوالية وغير منقطعة مدة خمس سنوات ، وهذا

(١) محكمة أسوان الجزئية فى ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ م ر ١ ، ١١ ص ١٥٢ عدد ٥٤

(٢) حكم أسوان المذكور (٣) الحكم المذكور

صد عمار البلاد وزيادة مساحة الاراضى التى تدفع الضريبة » [1] . وان اعترض على ذلك بأنه لم يكن هناك داع لتقرير حق الحكومة ما دام ان مجرد الزرع الغرس أو البناء يزيل ملكيتها ، ولكن هذا الاعتراض مدفوع بان هذه لملكية معلقة على شرط فاسخ وهو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات فى بحر لخمس عشرة سنة الاولى » [2]

٥ — ان الابعاديات المملكة للافراد من الحكومة تصبح ملكا تاما لهم . هذا على خلاف الاطيان الخراجية التى كانت مملوكة المنفعة فقط للافراد ، مملوكة الرقبة للحكومة [3]

(١) حكم محكمة طنطا الابتدائية فى ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ر ١ ، ١٩ ص ٨١ — ٨٢ عدد ٥٦ (٢) حكم طنطا المذكور ص ٨٢

(٣) ( تقرير بطرس باشا غالى المقدم لقومسيون تعديل الضرائب والمنوه عنه بكتاب القوانين مقارنة فى الديار المصرية للسير الدون غورست طبعة سنة ١٨٩٣ صفحة ٨ ) اذ ورد به ما يأتى لنص نثبته هنا لاهميته : « فى سنة ١٢٢٨ هجرية سنة ١٨١٣ ميلادية عملت مساحة عمومية عن الاراضى وصار تقسيمها على درجات . والاطيان المزروعة أو التى كانت قابلة للزراعة لكل لد ربطت زماما لها وتكلفت على مزارعيها وتقررت عليها الاموال باعتبار درجاتها . أما الاراضى ابور الغير صالح فصار تنزيلها من الزمام وسميت بأباعد . ولما كان بمقتضى الشريعة الاسلامية يسوغ لى الامر تمليك رقبة الاطيان المذكورة لمن يشاء بل يجوز له حبا فى مصلحة القطر وازدياد ثروته ثروة أهاليه تمليك رقبة الاراضى المعمورة ورفع الخراج عنها . وقد كان اعطاء الرزق مبنياً على لك ، فالمرحوم محمد على باشا ، بناء على نص الشريعة وبقصد اصلاح الاراضى والمستبعدات وازدياد روة القطر ، قد أعطى منها جملة أطيان للذوات والوجوه الذين تسمح لهم حالة ميسرتهم باصلاح لاطيان المذكورة . لاوبل أعطى جملة منها لبعض أشخاص وقبلوها جبرا عنهم . وبخلاف المستبعدات كانت تعطى الحكومة أطياناً من المعمور الخراجى . وكانت الاطيان التى تنعم بها سواء كانت من المستبعدات أو من المعمور كانت تبقى ملكا للمنعم عليهم بها رزقة بلا مال على شرط عدم التصرف لا ببيع ولا خلافه . انما يجوز التوارث فيها . وبهذه الواسطة كانت تلك الاطيان تعتبر وقفاً على المنعم عليه وعلى ورثته فقط بدون جواز انتقالها لآخر . وكانت تعطى بها تقاسيط من الروزنامة موضحاً بها هذا القيد . وفى سنة ١٢٥٨ هـ — سنة ١٨٣٢ م لما رأى المرحوم محمد على باشا انه نظراً لكون الاعطاء المقيد بالشرط البادى ذكره غير موافق للشريعة الاسلامية ويترتب عليه عدم الوصول للغاية المقصودة وهى اصلاح الاطيان لو طرأ على أربابها اعسار أو عدم مقدرة على زراعتها قد أصدر أمراً فى ٥ محرم صرح فيه لارباب الاطيان المذكورة بالتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات الشرعية من بيع وهبة ونحو ذلك . وتنبه على الروزنامة بابطال شرط عدم التصرف فيها من التقاسيط واعطاء تقاسيط خلافها مندرجا بهسا التصريح . والامر المشار اليه هو الاساس المتبع للآن فى تحرير التقاسيط بالروزنامة » اهـ

وبناء على ماتقرر من الملكية التامة لاصحاب الاباعد فقد نصت اللائحة السعيدية الصادرة سنة ١٨٥٨ على جواز التصرف فيها بكامل التصرفات الشرعية الجائزة للمالك على ملكه من بيع وهبة وايقاف وغير ذلك[١] . وعلى ذلك تكون عبارة وضع اليد[٢] » الواردة بالفقرة الاولى منصرفة الى التمليك تمليكا تاما ولا تنصرف الى مجرد تقرير حق انتفاع كما قررت ذلك أحكام المذهب الاول

٦ — وان قيل من طريق الفرض الجدلى بأن الفقرة الاولى تشير الى حق الانتفاع وانه بناء على ذلك لا يعقل اشتراط الاذن فى الانتفاع وعدم اشتراط الاذن فى الملكية التامة ، فانه قول لايقوم له وزن أمام القيود التىقررها الشارع بالفقرة الثانية من ضرورة عدم ترك الزارع أو الغارس أو البانى ، الارض مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة الاولى من وضع اليد ، اذ «قيد الشارع الملكية بشروط وحددها بحدود ، وفرض من هذه الشروط ما رأى فيه احياء الارض واستثمارها وضمان القيام على اصلاحها » [٣]

٧ — وان ثبت الآن انه لا محل للتفرقة بين أراضى الاباعد وأراضى الملك بناء على هذه المصادر التاريخية المتقدمة ، فان فقهاء الشريعة الاسلامية أيضاً لم يؤيدوا هذه التفرقة الموهومة . وذلك أنه ورد بالمادة ١٤٧ من مرشد الحيران « الاراضى الموات أى المباحة التى لا ينتفع بها وليست فى ملك أحد تكون ملكا لمن وضع يده عليها وأحياها باذن ولى الامرالخ . . .» ويستفاد من كتاب الخراج تأليف أبى يوسف أن العلماء قد اصطلحوا على تسمية ما يعطيه الامام من الارض الموات والأرض التى ليس لأحد عليها حق ولم تكن فى يد أحد بالاسم الثانىوهو الاقطاعات » وقد جاء فى الكتاب المذكور بالصفحة ٣٤ ما يأتى : « وكل من أقطعه الولاة المهديون أرضامنأراضىالسواد وأرض العرب والجبال منالاصناف

---

(١) كتاب الملكية العقارية ليعقوب باشا ارتين (٢) Prise de possession
(٣) حكم محكمة أسيوط الابتدائية فى١٢ يونيوسنة ١٩١٨ م ر ١ ، ١٩ ص١٧٢ العامود الثانى ورقم الحكم ١١٧

.تى ذكرنا ان الامام يقطع منهـا فلا يحل لمن يأتى بعدهم من الخلفاء أن يرد ذلك
.لا يخرجه من يد من هو فى يده وارثا أو مشتريا » [1]

٨ — وان كان الامر الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ قد قسم الاراضى البائرة وبين كيفية اعطائها وفرض فى المادة السابقة منـه على من يرغب استغلال أرض خالية غير مزروعة أن يقدم طلبا بالكتابة الى رياسة مجلس النظار مبينا فيه المقدار الذى يرغب زرعه الى آخر ماجاء بالمادة ، وبذلك يصح حينئذ الاستدلال بهذا الامر على من ينازع فى ملكية الحكومة للاراضى البائرة وينازع فى حقها فى توزيعها ، فان هذا الامر العالى ليس مع ذلك بحجة على من يسلم بملكية الحكومة لتلك الأراضى وبما لها من الحق فى توزيعها . ويقرر فى الوقت نفسه امكان وضع اليد على هذه الأراضى بدون اذن الحكومة مع القيود الواردة بالفقرة ٢ مادة ٥٧ [2]

٩ — ان الشريعة الاسلامية قد جعلت أيضاً للائمة حق اقطاع الاراضى الموات وجعلت أمر الاقطاع موكولا لهم يتصرفون فيـه بما يرونه خيراً للمسلمين ولكن ذلك لم يمنع بعضا من الخلفاء والائمة من تقرير قاعدة « ان من أحيا أرضا مواتا فهى له » وان كان أبو حنيفة قد ذهب الى أن من أحيا أرضا مواتا فهى له اذا أجازه الامام ومن أحيا أرضا مواتا بغير اذن الامام فليست له وللامام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما يرى من الاجازة والاقطاع وغير ذلك ، الا أن أبا يوسف قد خالفه فى ذلك وقال : « أما أنا فأرى اذا لم يكن فيه ضرر على أحد ولا لأحد فيه خصومة ان اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز الى يوم القيامة » ويريد بهذا الاذن الحديث الشريف القائل « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » أى بلا شرط استئذان [3]

---

(١) حكم أسيوط المذكور ص ١٧٣ العامود الثانى

(٢) حكم أسيوط المذكور ص ١٧٤ العامود الاول

(٣) كتاب الخراج لابى يوسف ص ٣٦ و٣٧ — حكم أسيوط المذكور ص ١٧٤ العامود الاول

١٠ — أنه لاخطرعلى الحكومة ولا خوف على أملاكها اذا لم يؤخذ بشرط الاذن فى حالة الفقرة الثانية للمادة ٥٧ . لان الغرض الذى يرمى اليه الشارع بشأن الاراضى البائرة انما هو العمل على انماء الثروة العمومية كما يقول بذلك الامر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ . وأن لامحل للاذن الا اذا كانت الحكومة تتحقق أولا من قدرة الطالب على القيام باصلاح الأرض . واما وقد وجدشخص قائم بالفعل على أرض موات بالزرع أو البناء أو الغرس واستمر على هذه الحال زمنا فقد تحقق وقتئذ الغرض الذى قصده الشارع . وعلى ذلك يكون من الظلم البين نزع الارض من يد الحائز لها بعد أن صرف عليها ما صرف . وهذا ما أراد الشارع تلافيه بالفقرة ٣ من المادة ٥٧ (١)

## § ٢ — مذهب الفقه المصرى

٧٦ — *رأى فتحى زغلول باشا* : يقررفتحى باشا زغلول ما يأتى : « ولا يجوز لاحد أن يضع يده على أرض زراعية الا بصفة أبعادية ، أعنى أنه يأخذها من الحكومة لاجل زراعتها ودفع أموالها — ويستثنى من ذلك : الارض التى زرعت بالفعل أو بنى عليها أو غرس فيها غرس أى أشجار فانها تصير ملكا لمن زرعها أو بناها أوغرسها — ولكن ملكه لايثبت الا بعد خمس عشرة سنة. لأنه اذا تركها خمس سنين بدون استعمال فى اثناء الخمس عشرة سنة المذكورة سقط حقه » اه(٢) وهو قول يدل على أن قائله يريد عدم تقييد واضع اليد البانى أو الغارس أو الزارع بقيد الاذن من الحكومة : أى يؤيد الفريق الثانى . ولكن عقب فتحى باشا زغلول عبارته المتقدمة بما يأتى : « وتحتسب مدة الخمس عشرة سنة من تاريخ الاستيلاء أعنى الزراعة أو البناء أو الغرس . ومعلوم أن ذلك أصبح قريباً من المستحيل لان الناس لا يترك بعضهم بعضاً احراراً فى اجراء شىء مما

(١) حكم أسيوط المذكور ص ١٧٤ العامود الثانى
(٢) شرح القانون المدنى ص ٦٩

ذكر »[١] ثم ختم قوله السابق مباشرة بما يأتى : « والحكومة لا تعترف بهذا الفعل وصارت العادة هى اعتبار مثل هذه الأعمال تعديا على ملك الغير أى الميرى فلا الناس يقدمون عليها ولا الحكومة ترضى بها ولا القضاء يساعد على مخالفة ما اصطلح عليه » اهـ[٢] وهو قول محل نظر

**٧٧ — رأى دى هلس** : أما دى هلس فانه يقول بان الأراضى المنوه عنها بالمادة ٥٧ أهلى و ٧٩ مختلط مملوكة للحكومة وهى الأراضى البائرة[٣] الموجودة بالخلا[٤] والأراضى غير المستعملة[٥] والمبهمة[٦] الموجودة بالمدن والقرى[٧] وقرر الشارع ضرورة الحصول على اذن من الحكومة لأجل الاستيلاء[٨] على هذه الاراضى الخلوية[٩] . والاذن ضرورى لأن هذه الأراضى لا يمكن أن تعتبر ملكا لاول من يضع يده عليها وبمجرد وضع اليد[١٠] ولكن استدرك الشارع هذا الاطلاق المقرر بالفقرة الاولى من المادة ٥٧ وقيده بالفقرة الثانية وقرر لتملك هذه الاراضى طريقة أخرى[١١] ليست هى طريقة الاستيلاء[١٢] السابقة ولكنها شبيهة لها . وذلك أنه رأى أن مجرد الاستيلاء على أمثال هذه الاراضى بقصد تملكها ليس كافياً وحده ليكون اساساً للتملك . بل قرر ضرورة وجود أعمال خارجية للغرس والبناء لتدل على وجود الاستيلاء بالفعل والواقع[١٣] وعلى ذلك يصبح المستولى على الارض البائرة مالكا ملكا تاماً لها دون الحاجة الى اذن الحكومة فيما اذا زرعها أو بنى فيها أو غرس بها[١٤]

(١) ص ٦٨ (٢) ص ٧٠ (٣) Incultes (٤) Campagnes
(٥) Inutilisées (٦) Vagues (٧) ج ١ ص ١٧٣ ن ٢٣
(٨) Occupation (٩) Biens ruraux (١٠) ج ١ ص ١٧٣ ن ٢٤
(١١) Mode d'acquisition (١٢) Occupation (١٣) ن ٢٥

(١٤) ويرى القضاء « أن مثل الحكومة مثل أى شخص فيما تدعيه . فاذا ادعت أرضاً موضوعاً عليها اليد من الغير هى ملك لها فعليها أن تثبت ملكيتها لهذه الارض وليس لها أن تسأل المدعى عليه عن مستندات ملكيته بما أنه واضع اليد عليها . أما ما ذهب اليه الأئمة من أن الديار المصرية انما فتحها الاسلام بالسيف ، وكل بلاد تفتح بحد السيف تكون أرضاً خراجية أى ملكا للحكومة فهذا لا يكون فى الارض العامرة بل فى الارض الموات الغير موضوع اليد عليها من أحد : استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ ش ، ١ ص ٢٨٣ عدد ٤٤٣ . ويريد الحكم أن يقول بأن الحكومة اذا ادعت بان أرضاً بائرة وانه لذلك تمتلكها وجب عليها اثبات البوار

هذه هي آراء الفقه المصرى . ومن هذه الآراء وآراء القضاء المصرى يتبين لنا أن الرأى الثانى القائل بعدم ضرورة الحصول على اذن الحكومة هو الاكثر موافقة للقوانين المعروفة قبل سن القانون المدنى المصرى الحاضر ولاحكام فقهاء الشريعة الاسلامية ، وللغرض الذى ينشده الشارع من زيادة العمران بالبلاد من طريق زرع الاراضى البائرة واستفلاحها لما فيه من طريق آخر تحصيل ضرائب جديدة ، وللعدالة أيضاً . ولذا نؤيد هذا الرأى ونأخذ بالحجج والأدلة التى أدلت بها الاحكام المتقدمة

## § ٣ — فى الاحكام القانونية للاستيلاء

٧٨ — قلنا مع دى هلس[١] أن الشارع المصرى رأى أن مجرد الاستيلاء على الاراضى البور ، وهى الاراضى غير المزروعة ، بقصد تملكها ليس كافياً وحده ليكون أساساً للتملك . بل رأى فوق ذلك أن يقرر ضرورة وجود أعمال خارجية للغرس والبناء لتدل على وجود الاستيلاء بالفعل الواقع

ويترتب على ذلك أنه يصبح المستولى على الارض البائرة مالكا ملكا نهائياً لها دون الحاجة الى اذن الحكومة فيما اذا زرعها أو بنى فيها ( ويلاحظ هنا أننا نأخذ بالرأى الثانى دون الاول ) وواضع اليد لا يتمكن حتما من الادعاء بالملكية التامة والقول بها الا اذا تمكن أولا من الزراعة والغرس والبناء . وهو لا يتمكن من ذلك الا اذا تركته الحكومة ليقوم بالزراعة والغرس والبناء . ولكن طالما أنه لم يبن ولم يزرع ولم يغرس فللحكومة الحق فى التعرض له ومنعه من البناء والغرس والزراعة مادام أن يده لم تزل قائمة بصفة مجرد استيلاء بسيط[٢] لم يتأيد بأعمال خارجية[٣] ولكن بمجرد أن قام واضع اليد بأحد هذه الاعمال فان الملكية تزول عن الحكومة فى الحال . ولا تملك حق التدخل والتعرض له بعد

---

(١) دي هلس ن ٢٥ (٢) Occoupation (٣) ص ١٧٤ ن ٢٦

البناء أو الغرس أو الزراعة . لان حالة يد الحائز للارض لا تعتبر حالة من يبـدأ التملك بمضى المدة . وأنه لا تتم الملكية لديه الا بعد ١٥ سنة . انما يعتبر البانى[١] مالـكا ملـكا تاماً [٢] ومن مصلحة الحكومة أن تتسع الاراضى الزراعيـة وبذا تحصل على أموال وضرائب من أراض ماكانت لتستفيد منها من قبل . ومن وقت الزراعة أو الغرس أو البناء يجوز لواضع اليـد أن يستفيد من ملكيته الجديدة هذه كما يستفيد من ملكه الخاص به . بمعنى أنه يجوز له تأجير الارض وهبتها ورهنها رهناً رسمياً وبيعها دون أن يكون للحكومة أى حق ما فى التدخل ضده ولكن يجب أن يلاحظ بأن هذه التصرفات تعتبر معلقة على شرط فاسخ[٣] وهذا الشرط يعيب ملكيته بحيث اذا لم يتم توافر الشرطين المنوه عنهما بالفقرة الثانية زالت ملكيته وزالت التصرفات التى أجراها . ذلك لانه وان كانت هذه الملكية تعتبر كاملة بالنسبة لواضع اليـد الا أنه يجوز أن تعود للحكومة بالنسبة لقطعة الارض المزروعة أو المغروسـة ( لا بالنسبة للارض المبنية ) اذا كان واضع اليد قد ظل مدة خمس سنوات متوالية [٤] لا يستعمل الارض فى ظرف مدة الخمس عشرة سنة الاولى[٥] فاذا وقع من قبل المالك مجرد عمل قاطع لوضع اليد[٦] فلا يجوز اعتبار هذا العمل حائلا يحول دون تملك الارض . ذلك لان حالة وضع اليد هذه لا تعتبر هنا تقادما [٧] بل لا بد من مدة خمس سنوات لسقوط الملكية[٨] أى أن الملكية هنا تعتبر أنها قد اكتسبت ولا تعتبر أنها فى الطريق الموصل لاكتسابها [٩] وبعـد مرور الخمس عشرة سـنة لا تزول الملكية عنـه اذا ترك الارض ، الا اذا ترتب للغير حق عليها فيما اذا تملكها بالتقادم . هذا ويلاحظ بأن قطعة الارض المشغولة بالبناء لا تخضع طبقاً للنصوص القانونية الى الشرط الفاسخ وهو ذلك الشرط الذى يقيـد تملك قطعة الارض المشغولة بالزراعة أو الغراس

(١) Constructeur (٢) Plein propriétaire (ن ٢٧) (٣) ن ٨

(٤) Consécutives (٥) دى هالس ج ١ ص ١٧٤ — ١٧٥ ن ٢٩

(٦) Acte interruptif (٧) Prescriptino (٨) Perd كما يقول بذلك النص

(٩) دى هالس ج ٢ ص ١٧٥ ن ٢٩

فقط [١] . واذا تحقق الشرط الفاسخ وفسخ حق الملكية اضراراً بواضع اليد فما هى طريقة معاملته بشأن المبانى والمغروسات التى أجراها بالارض ؟ من البديهى أنه لا يمكن اعتباره بانياً بسوء نية . ذلك لانه لم يضع يده على الارض الا بناء على اباحة الشارع له بذلك ولم يصبح مالكا الا لان الشارع أجاز له هذا التملك فاصبح بذلك مالكا . وعلى ذلك ليس من العدل اعتباره كمن بنى بسوء نية بل يجب اعتباره كمن بنى بحسن نية [٢]

## § ٤ — فى المظاهر العملية لشرطى الـ ١٥ سنة والـ ٥ سنوات

**٧٩** — رأينا أنه لا بد من توافر شرطى وضع اليد ١٥ سنة وعدم الانقطاع عن استعمال الارض مدة خمس سنوات حتى يصح الاستيلاء قانوناً وحتى تصح أحكامه القانونية . ومع ما لاحظنا فى أنه لم يسبق أن طرح أمام القضاء شىء من المظاهر العملية فى توافر الشرطين حقاً فانا لم نر بداً مع ذلك الى ضرورة الالمام بهذه المظاهر ومعرفة ما يترتب عليها من الاحكام القانونية

**الشرط الاول** : يجب أن يكون قد مضى على واضع اليد مدة ١٥ سنة . والمفهوم أن هذه المدة تبتدئ من وقت الانتفاع بالأرض زراعة أو غرسا أو بناء والغرض من الانتفاع استغلال الارض بما يدل على نية التملك . وأما مجرد وضع اليد البسيط [٣] دون أن يؤيد بأعمال مادية خارجية ، فانه لا يعبأ به ولا يجوز احتساب المدة هذه فى حساب مدة الـ ١٥ سنة . لأن الحكومة تملك نزع الارض قبل حصول هذه الاعمال المادية ولا تملك نزعها بعد حصولها . اذ بحصولها تتقرر الملكية المعلقة على شرط فاسخ لواضع اليد . وعلى ذلك لا تملك الارض البور بمجرد الاستيلاء البسيط مهما طال الاجل. لان الاستيلاء المملك لايكون

(١) ن ٣٠ (٢) دى هلس ج ١ ص ١٧٥ ن ٣١ (٣) Occupation

الا بواحد من اثنين : اما باذن الحكومة واما بالاستغلال بالزرع والبناء والغرس ودوام الانتفاع ١٥ سنة مع عدم زواله مدة ٥ سنوات

الشرط الثانى : يقول القانون « لكنه يسقط حقه فيها بعد استعمالها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لاول وضع يده عليها » أى أنه يجب على واضع اليد أن لا يترك الارض مدة خمس سنوات . ويشترط فى هذه المدة أن تكون متوالية . وأما مجرد الترك البسيط المتقدم فلا يؤثر على الملكية . والغرض من ذلك اشعار واضع اليد بضرورة الاستمرار على اصلاح الارض . بحيث اذا تبين بأنه فى ظرف مدة الـ ١٥ سنة زالت يده من الارض زوالا مستمراً مدة خمس سنوات متوالية سقط حقه فى الملكية وانهارت مع هذا السقوط جميع التصرفات التى تكون قد صدرت منه أثناء المدة

ولكن كيف يمكن ربط الـ ٥ سنوات بالـ ١٥ سنة ؟ أى كيف يمكن القول بمدة ١٥ سنة ، فى الوقت الذى يقول فيه الشارع بأن عدم الاستعمال مدة خمس سنوات يسقط حق الملكية ؟ فاذا فرض ووضع الحائز يده ١٠ سنوات وبدأ المدة بالزراعة أو الغرس أو البناء ثم انقطعت يده عن الارض بعد تمام الـ ١٠ السنوات فلا يعتبر مالكا لسببين : لانه أولا لم يضع يده ١٥ سنة . وثانياً لان يده انقطعت عن الارض ٥ سنوات بلا استعمال

واذا فرض أنه وضع يده مستقلا مدة ١٠ سنوات وشهر ثم ولى لحال سبيله فهل يملك ؟ لا يملك أيضاً لانه لم تمض على يده ١٥ سنة كاملة فاذا مضت مدة الـ ١٥ سنة وكانت الارض فى نهاية المدة تحت يده أعتبر مالكا . لانه وضع يده ١٥ سنة ولم تنقطع يده فى هذه المدة الاخمس سنوات ما عدا شهراً . أى أن مدة الـ ٥ سنوات الخاصة بعدم الاستعمال لم تتم . لذا هو يملك

واذا فرض أنه وضع يده مستغلا مدة ١٠ سنوات وشهر فهل يملك ؟ نرى أنه لا بد من تمييز حالتين :

اما أن يده كانت موجودة بالارض فى نهاية مدة الـ ١٥ سنة . وفى هذه الحالة

يعتبر مالكا لتوافر شرط وضع اليد ، وشرط الـ ١٥ سنة ، وشرط عدم الاستعمال المتوالى ٥ سنوات

واما أن يده لم تكن قائمة على الارض فى نهاية مدة الـ ١٥ سنة . وفى هذه الحالة لا يملك . ولماذا ؟ لانه لم يضع يده ١٥ سنة كاملة . اذ فى نهاية الـ ١٥ سنة كانت يده خارجة عن الارض وكان خروجها حاصلا من بعد وضع يده ١٠ سنوات وشهر

وفى هذه الحالة الاخيرة ، ومع التقرير بسقوط ملكيته ، تعود الملكية للحكومة أى أنه لايجوز له بعد ذلك استرداد هذه الملكية اليه من الحكومة . ولكن ما القول فيما اذا جاءت يد أخرى بعد خروج يد الاول عن الارض وظهرت على الارض ؟ فهل يجوز للحائز الثانى أن يتملك الارض بالشروط نفسها أى بعد مضى ١٥ سنة وضع يد جديد مع شرط عدم زوال الاستعمال مدة ٥ سنوات ، باعتبار أن الارض بور فى أصلها ، أم أن يد الحائز الثانى هذا تعتبر هذه المرة يد الحائز فى طريق التقادم ، باعتبار أن الارض أصبحت بعد الغرس والزراعة والبناء أرضا غير بائرة ؟ وان قيل بالتقادم فهل يستفيد الحائز الثانى من مدد الحائز الاول ؟ الذى نقول به أن الارض لا تعتبر هذه المرة بوراً ، وحينئذ يجوز تملكها بالتقادم العادى ، ولا يجوز الضم فى المدد طبقا لاحكام التقادم . لان الارض أصبحت بعد المدة الاولى أرضا زراعية مملوكة للحكومة ملكا حراً وعلى ذلك لا تسرى عليها أحكام المادة ٥٧ فقرة ثانية . أى انه يجوز لها التعرض للحائز الثانى ونزع الارض من يده . لان يده ليست يداً شرعية بل هى يد غاصبة

## ٥) الملكية المصرية والتشريع الاهلى

### ١ — فى تشابه التشريعين الاهلى والمختلط

٨٠ — ظل القضاء المختلط يعمل من بداءة سنة ١٨٧٦ حتى جاء الشارع

الاهلي سنة ١٨٨٣ ووضع القوانين الاهلية القاضى «موريوندو»[١] فأخذ القانون المختلط ونقله نقلا بعد ادخال تعديلات خفيفة رجع فيها الى اعتبارات عملية أظهرها القانون المختلط والى اعتبارات أهلية خاصة بالمصريين أنفسهم

ولقد وضع الشارع الاهلي المادة ٥٧ مدنى كالمادة ٨٠ مختلط تماما بعد أن حذف منها كلمة « المحلية » بعد كلمة اللوائح . ولا عبرة بهذا الحذف لان اللوائح المطلوب تطبيقها هى بطبيعة الحال اللوائح المحلية المصرية لا اللوائح الاجنبية لان الملكية العقارية فى كل بلد خاضعة لقانون هذا البلد باعتبار أن ذلك ماس بالنظام العام وأخذاً بالقاعدة المعروفة فى القانون الدولى

ولما كانت المادة ٥٧ أهلى كالمادة ٨٠ مختلط فالاحكام القانونية فيها واحدة لان الاسباب التشريعية لهما واحدة . ولذا اتفق القضاءان المختلط أولا والاهلى ثانياً فى تقرير أحكام وأصول هاتين المادتين . ولا نرى محلا الى اعادة القول هنا فيما قررناه بشأن التشريع المختلط ما دام أن الأصل والتفسير واحد . وكذلك الحال فى المواد الأخرى التى تعلقت بالمواد المختلطة . وهذه المواد الاهلية هى ٧ و ٨ و ٥٦ مدنى وعلى ذلك ما دام أن التشريع واحد فى أراضى البور والوقف فكذلك التفسير واحد أيضاً . ونقصر القول هنا على ما اختصت به الشرائع المصرية الاهلية دون المختلطة

## ٢ — فى الاطيان المملوكة

٨١ — رأينا ما قرره الشارع المختلط بالمادة ٢٩ بشأن الاراضى المملوكة وبالمادة ٢١ بشأن الاراضى الخراجية . فلما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ وضع المادة ٦ منه مدنى . بالكيفية الآتية : « تسمى ملكا[٢] العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام[٣] — وتعتبر فى حكم الملك الاطيان الخراجية التى

---

(١) Moriondo (٢) Biens mulk (كذا بحرف u تقليداً للشارع المختلط فى مادته ٢٠ كما رأينا) (٣) Droit entier de propriété

دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة وبالامر العالى الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ »

ومن مقارنة هذه المادة ٦ مدنى أهلى بالمادتين ٢٠ و ٢١ مختلط نرى ما يأتى:

١ ) ان الشارع الاهلى اتفق مع الشارع المختلط فى تعريف الارض المملوكة ملكا تاماً . وهى الاراضى التى عددناها عند ما تكلمنا على التشريع المختلط أى الاراضى التى يملك فيها أصحابها حق الملكية المطلق أى حق الرقبة وحق الانتفاع وانه ليس للحكومة أى حق عليها سوى المطالبة بالضرائب وهى حق عام للحكومة يتمشى على جميع الاراضى مهما كان مالكوها ومهما تنوعت حقوقهم على الارض

٢ ) ان الشارع الاهلى لم يعرف الاراضى الخراجيـة كما عرفتها المـادة ٢١ مختلط ، وعدم التعرض للتعريف ليس معناه زوال الاراضى الخراجيـة من عالم الاراضى المصرية . بل يدل على وجودها ماقررته الفقرة الثانية من المادة الاهلية بشأن الاراضى الخراجية التى دفع أصحابها المقابلة . انما كان يجدر بالشارع الاهلى أن يعرف هو الآخر الاراضى الخراجية ولو أن مقاديرها قد قلت كثيراً كما قرر ذلك يعقوب باشا أرتين فى كتابه وكما رأيناه فى مكانه

٣ ) قررت المـادة ٦ المذكورة بأن الاراضى الخراجية تصبح فى عداد العقارات المملوكة ملكا نهائياً مطلقاً للافراد اذا دفعت عنها المقابلة . ولم يرد لهذه الفقرة نظير بالقـانون المختلط الموضوع سنة ١٨٧٥ . وكان يتحتم على الاستاذ « مونورى »[١] ان يضع مثل هذا النص الاهلى بالمادة ٢١ مختلط لان قانون المقابلة صـدر سنة ١٨٧١ . نعم ولو ان الخديوى اسماعيل أبطله سنة ١٨٧٥ ثم أعاده فى السنة نفسها ثم أبطله سنة ١٨٧٨ ثم تأيد الابطال بقانون التصفية الصادر فى يوليو سنة ١٨٨٠ أى فى السنة نفسها ، فان ذلك لا يحول دون « مونورى » فى وضع نص يقضى بالملكية النهائيـة للاراضى الخراجية ، لان قانون المقابلة كما ذكرنا عقـد مشارطة بين الخديوى وبين الاهالى وان من قام بأحكامه اصبح له

(١) Maunoury

حقاً مكتسباً . ولذا كانت هناك اطيان مملوكة ملكا نهائياً بمقتضى قانون المقابلة سنة ١٨٧٥ اى سنة وضع القوانين المختلطة . على انه مع عدم ورود النص عن هذه الاطيان فان ذلك لا يؤثر بشيء ما على ما تقرر لها قانونا بحكم قانون المقابلة . ولقد فعل القاضى «موريوندو» خيراً فى وضع هذه الفقرة الثانية بالمادة ٦ اهلى كما رأينا

## ٣ — الاطيان والمقابلة

**٨٢** — كان من شأن قانون المقابلة الصادر سنة ١٨٧١ أن جعل فروقاً بين الاطيان الموضوعة تحت أيدى الاهالى . اذ كل من اتبع شروط هذا القانون ودفع المقابلة وهى أموال الاطيان لمدة ست سنوات مقدماً أو على أقساط فانه يتمتع بالحقوق الآتية : (١) يصح التوارث فى الاطيان والهبة والوصية والايقاف . الا أنه فى هذه الحالة الاخيرة لابد مع ذلك من أمر عال — (٢) يعفى صاحب الارض من دفع نصف الاموال اعفاء مستمراً . والارض التى يتمتع صاحبها بهذه الحقوق هى كل أرض خراجية أو عشورية أو أطيان الاواسى مع قطع المرتب أو الفايظ الذى كان مقرراً لاصحابها وبهذا القانون كثرت الاراضى المملوكة ملكا نهائياً للافراد ماعدا حق المصادقة على الوقف فانه ظل باقياً فى يد الحكومة ، بما يدل على أن الارض كانت من قبل مملوكة للحكومة وان الملكية المطلقة بالمعنى العام لم تقرر بعد بطريقة واسعة لملاك الاراضى حتى من دفع منهم المقابل أى المقابلة

## ٤ — فى زوال التفرقة بين الاطيان الخراجية والعشرية

**٨٣** — على أن الشارع المصرى لم يظل جامداً بشأن الملكية المطلقة بالمعنى الواسع والتى يجب أن تقرر للافراد بطريقة نهائية لايحدها قيد من القيود ، بل فكر سنة ١٨٩١ فى جعل جميع الاراضى الخراجية أراضى مملوكة للافراد ملكا

(١) كتاب الاطيان والضرائب لواضعه جرجس بك حنين ص ٢١٦

نهائياً مطلقاً ولذا أصدر الخديوى توفيق فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ الامر العالى الآتى:

« بعد الاطلاع على المادة الخامسة من أمرنا الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بالغاء قانون المقابلة — وبناء على ما عرضه علينا ناظر المالية وموافقة رأى مجلس النظار أمرنا بما هو آت : المادة الأولى: اعتباراً من تاريخ أمرنا هذا يكون لارباب الاطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى أطيانهم أسوة أرباب الاطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها . المادة الثانية : تلغى جميع الاوامر والقوانين السابقة المخالفة لاحكام أمرنا . . . . »

ويظهر أن الذى حدا بالشارع الى ابطال نظام الاطيان الخراجية وادماجها ضمن الاطيان الحرة المملوكة رقبة وانتفاعاً للافراد ما يأتى :

أولا — ان الاطيان الخراجية أخذت فى النقص بحيث لم يبق منها شىء كثير كما حقق ذلك يعقوب باشا أرتين فى كتابه كما رأينا

ثانياً — ان الاطيان الخراجية التى دفعت المقابلة أصبحت ملكا حراً . بخلاف الاطيان التى يدفع أصحابها المقابلة ظلت خراجية أى بقيت محملة بحقوق الحكومة المقررة لها فى أن تكون للحكومة حق الرقبة ولصاحب الارض حق المنفعة وانه اذا أريد نزعها من صاحبها للمنفعة العامة فلا يعطى له تعويض الا عند الحاجة وهكذا مما يدل على أن يد صاحب الارض ليست من القوة بما يحكى يد صاحب الارض الذى دفع المقابلة . ومن شأن وجود هذه الفروق بين أرضين من نوع واحد أن يحدث تذمراً بين الاهالى فوق ما يحدثه أيضاً من بخس للاطيان التى لم تتحرر بعد من قيود العبودية العقارية ( ان صح هذا التعبير ) . وهذا تفريق تنشأ عنه نتيجتان غير مرضيتين : نتيجة نفسانية بسيكولوجية ترجع للاهالى أنفسهم . ونتيجة اقتصادية أرضية ترجع لبخس فى قيمة الاراضى التى لم يوفق صاحبها لدفع المقابلة . اذ ترتفع قيمة الارض المحررة وتبخس قيمة الأرض الرقيقة

٣ ) ان الحاكم نفسه ألغى فى سنة ١٨٧٥ هذا القانون ثم اعاده فى السنة نفسها ثم الغاه فى يناير سنة ١٨٨٠ ثم تأيد الالغاء بقانون التصفية فى يوليو سنة ١٨٨٠

ومن شأن القانون الذى تتناوله الايدى بالالغاء ثم الاعادة ثم الالغـاء ثم الالغاء قطعياً ، ان لا يكون مرغوباً فيه وان لا ينظر الى نتائجه بعين مرضية . لذا أحس الحاكم بعد مرور ١٠ سنوات من الغائه النهائى انه لا محل لبقاء تفرقة فى الاطيان كان السبب فيها قانون لم يشرع الا لاجل سداد ديون الحكومة اذ ذاك

٤ ) ان فى بقاء التفرقة بين الاطيان المملوكة للمصريين ، بعـد انشاء المحاكم النظامية المختلطة سنة ١٨٧٥ وبعد انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣، معنى لذكرى الحقوق اللانهائية التى كانت مقررة لولاة مصر وخديويها. وهذه الحقوق اللانهائية لا تتفق مع نظام حكومى مرتب وعلى أسس عصرية شبه دستورية . لذا أصبح الشعور بالنفرة من هذه التفرقة جسيما بما دعا ذوى الشأن بمصر الى ضرورة التعجيل برفع فروق أصبحت ذكراها لا تتفق مع حالة عصرية ذات مدنية خاصة

هذه هى الاسباب التى نظن أنها حدت بالحاكم للبلاد الى اصدار دكريتو ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ فى رفع الفروق بين الاطيان المملوكة ملكا نهائياً والاطيان الخراجية المقيدة بحقوق قديمة للحكومة لا مبرر لبقائها من الوجهة الاجتماعية فى بعض الاراضى وزوالها عن البعض الآخر (١)

* * *

٨٤ — هذا وكان يجدر بالشـارع المصرى عقب صدور دكريتو ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ أن يسارع الى تعديل المواد المختلطة ٢٠ و ٢١ مدنى والمادة الاهلية ٦ مدنى ولكنه لم يفعل وظل ساكتاً حتى سـنة ١٨٩٦ وعدل المادة ٦ مدنى أهلى دون أن يمس المواد المختلطة

وفى ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ صدر الدكريتو الآتى : « بعد الاطلاع على المادة

(١) ويلاحظ أن دكريتو ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ قصر عمله على جعل الاراضى الخراجية التى تدفع المقابلة مشابهة كل الشبه للاراضى الخراجية التى دفعتها . ولم يتعرض هذا الدكريتو الى المادة ٦ من قانون المقابلة وهى الخاصة بضرورة مصـادقة الحكومة عند وقف الاطيان . بل تعرض فقط للمادة الخامسة منه بالتعديل . وعلى ذلك يجب اعتبار حق مصـادقة الحكومة على الوقف باقياً بعد صدور هذا الامر العالى

السادسة من القانون المدنى المتبع لدى المحاكم الاهلية المصدق عليه بالامر العالى الصادر فى ٢٦ الحجة سنة ١٣٠٠ ( ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ) — وبعد الاطلاع على المادة الخامسة من الامر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بالغاء قانون المقابلة المصرح فيها بأن تبقى جميع أحكام القانون المذكور المتعلقة بجعل حقوق ملكية الاطيان للذين دفعوا عنها المقابلة مرعية الاجراء والعمل وبأن دفع جزء من المقابلة يخول حقوق الملكية التامة فى الاطيان المذكورة — وبعد الاطلاع على الامر العالى الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ الذى جعل لارباب الاطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى أطيانهم أسوة أرباب الاطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها — وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار وبعد أخذ رأى مجلس شورى القوانين أمرنا بما هو آت :

المادة الاولى — عدلت المادة السادسة من القانون المدنى الاهلى بالكيفية الآتية : ( تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام بما فى ذلك الاطيان الخراجية ) اهـ

ومن هذا الامر العالى يرى أن الشارع المصرى هذه المرة قرر اعتبار الاطيان الخراجية أطيانا مملوكة ملكا حرا للافراد وأدخلها فعلا فى المادة ٦ بالفقرة الاولى منها الخاصة بالملكية التامة . وأما قبل صدور هذا الامر العالى كانت الاطيان الخراجية بمقتضى الامر العالى السابق عليه المؤرخ ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ حرة أيضا ولكنها لم تكن متمتعة بالملكية التامة الكاملة لأنها كانت خاضعة كما رأينا لمصادقة الحكومة عند ايقافها بمعرفة أصحابها ، ولذا تعتبر الاطيان سنة ١٨٩٦ المملوكة للمصريين والاجانب بعد ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ أطيانا مملوكة ملكا حرا لا تقيده قيود ما ترجع لامتيازات الحاكم الشرعى الا ما تعلق بالاصول العامة من حيث خضوعها للضرائب وللاحكام العقارية العامة ولاحكام نزع الملكية [1]

(١) هذا ونلاحظ على دكريتو سنة ١٨٩٦ وعلى ما سبقه سنة ١٨٩١ ما يأتى :

## ٥ — الملكية العقارية المصرية

### بعد سنة ١٨٩٦

**٨٥** — أصبحت الملكية العقارية المصرية بعد سنة ١٨٩٦ حرة من كل قيد الا ماتعلق بالنظام العام كما ذكرنا كنزع الملكية وغير ذلك . وأصبح لكل مالك الحرية المطلقة فى أن يتمتع بملكه تمام التمتع بجميع الحقوق المقررة له . وربما كانت عبارة « بطريقة مطلقة » الواردة بالمادة ١١ / ٢٧ مدنى تشير الى تحرير العقار من القيود التى أثقلته فى الازمان السابقة بمصر كما أثقلت العقار بفرنسا قبل الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ كما أكد ذلك كولين وكابتان وكما بيناه فى مكانه . وعلى ذلك تعتبر عبارة « بطريقة مطلقة » الواردة الآن بالقوانين العصرية الحديثة هنا وهناك أن للمالك حق التمتع بجميع ما يمكن أن يعد له العقار من جميع أوجه الانتفاع دون أن يعطل حقه على المالك معطل ما ودون أن يحده حد ما الا ماورد فى حدود القانون . وعلى ذلك يجب أن تفسر هكذا كلمة مطلقاً الواردة هى الاخرى

---

أولا : الناظر المختص فى دكريتو سنة ٩١ هو ناظر المالية . وأما فى دكريتو سنة ٩٦ فناظر الحقانية . وكان يحسن فى نظرنا أن يكون الناظران مختصين معاً بهذين الامرين لوجود الرابطة المالية فيهما ولانه كان يجوز سنة ١٨٩١ تعديل الفقرة ٢ من المادة ٦ أهلى بما يتفق مع دكريتو سنة ١٨٩١

ثانياً : أخذ رأى مجلس شورى القوانين فى دكريتو سنة ١٨٩٦ ولم يؤخذ فى دكريتو سنة ١٨٩١ وكان يجب فى نظرنا أن يؤخذ فى الاثنين طبقاً للقانون النظامى القديم الخاص بمجلس شورى القوانين الصادر سنة ١٨٨٣

ثالثاً : لم تعدل المادة ٦ أهلى ولا المادة المقابلة لها ٢١ مختلط سنة ١٨٩١ . مع أن بقاء المادتين على حقيقتهما الاولى لا يتفق مع دكريتو سنة ١٨٩١ . ومع ذلك فان القضاءين الاهلى والمختلط كانا يجريان على الاخذ بنصوص هذا الدكريتو . فالقضاء الاهلى يأخذ به باعتبار الدكريتو خاصاً بالمصريين الوطنيين . وأما المختلط فلان الدكريتو يتعلق بالاطيان بمصر ولان الاصول العقارية تسرى على الاجانب والاهالى بمقتضى الارادة الشاهانية الصادرة فى ٧ صفر سنة ١٢٨٣ ( ٢٥ يونيو ١٨٦٨ ) ولان الدكريتو من شأنه تحسين حال المالك لا تسوئ حالته لانه محرر للملكية من قيود سابقة ترجع لامتيازات قديمة كانت مقررة للحاكم الشرعى

رابعاً : لم تعدل المادة ٢٨ و ٢١ مدنى مختلط كما عدلت المادة ٦ أهلى . وربما كانت الحكمة هنا كما تبين بشأن دكريتو سنة ١٨٩١

بالمادة ١١ من كتاب مرشد الحيران تحت عنوان الملكية حيث قررت ما يأتى : « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين وبغلتهـا وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينهـا بجميع التصرفات الجائزة » . واذا ربطنا هذه المادة ١١ مدنى بما تقدمها من المواد ٥ و٦ من مرشد الحيران لتجلى معنى عبارة « بطريقة مطلقة » أكثر فأكثر اذ تقول المادة ٥ « الاعيان المذكورة المملوكة الرقبة والمنفعة هى ما كان لملاكها حق التصرف فيها عيناً ومنفعة ومنها الاراضى العشرية فتباع وتؤجر وتوهب وتوقف وترهن وتورث . » وتقول المـادة ٦ . « أراضى مصر خراجية مملوكة فى الاصل لاربابها . . . . » واذا رجعنا الى تاريخ الاراضى الخراجيه وأن حق الرقبـة كان للحاكم وحق المنفعة كان للحائز ثم انتهى الامر بتسوية الاراضى الخراجية بالاراضى المملوكة نهائياً أدركنا حينئذ المعنى المقصود من الاطلاق فى تعريف الملكية

أما الحقوق التى يمكن أن تترتب على الملكية الحرة فهى حق الملكية والانتفاع والارتفاق والامتياز والرهن بنوعيه والاختصاص وحق الملك ( المادة ٥/١٩ مدنى ) والغاروقة ( المادة ٥٥٣ مدنى أهلى ولا مثيل لها بالمختلط )

## فى أنواع الملكية

٨٦ — ان كلمة الملكية [١] لا تنطبق من الوجهة الفنـية الا على الاشـياء المادية [٢] منقولات كانت أو عقارات . ولكن الملكية تتمشى احياناً عندالتوسع فى معناها على جمـلة حقوق مختلفة وعلى الاخص على اشياء معنوية [٣] ويكون الغرض من معناها فى هذه الحالة منصرفاً الى مبلغ ما لحملة هذه الحقوق من حرية التمتع بها والتصرف فيها . ومن أمثال ذلك ما يشير به القـانون التجارى بالمادة ١٣٣/١٤٠ و١٣٦ فرنسى الى ملكية الكمبيالة حيث تقول : « الكمبيالة المحررة

---

(١) Propriété (٢) Choses corporelles
(٣) Biens incorporels

لحاملها تنتقل ملكيتها [1] بمجرد تسليمها . أما ملكية الكمبيالة التي يكون دفعها تحت الاذن فتنتقل بالتحويل »

أما أهم أنواع الملكية من هذا النوع فهي ما يأتي :

ملكية القاب الاسرة والملكية الصناعية والملكية الفنية والادبية وملكية بعض الوظائف الحكومية وملكية الالقاب الحربية والوظائف بالجامعات [2] وملكية الرسائل وغير ذلك

## ١ ( في ملكية القاب الاسرة

٨٧ — يراد بملكية القاب الاسرة واسمائها [3] قصر الاسم على حامله دون غيره . ولقب الاسرة هذا هو الذي يشمل جميع أفراد الاسرة الواحدة أي أن أصله رابطة القرابة [4] فالولد يحمل لقب أبيه والاخوة لقب أبيهم وأولاد العم لقب الجد وهو لقب الاب والولد الذي لم يعرف له أب يحمل لقب أمه اذا عرفت أمه ( قانون الولادة والوفاة المؤرخ ١١ اغسطس سنة ٩١٢ رقم ٢٣ ) ويحصل ان يتسمى الشخص بلقب من غير طريق القرابة . وذلك في الاحوال الآتية :

١ ) في حالة التبني [5]

٢ ) وفي حالة التسمي الاداري بشأن اللقطاء [6]

٣ ) وفي حالة تغيير الاسم بأن يحصل برفع دعوى امام المحكمة المدنية في مواجهة النيابة . واما الاسم العادي للشخص [7] فهو الذي يميزه عن بقية افراد العائلة وهو غير اللقب . ويقضي قانون فرنسي قديم صدر بعد الثورة الفرنسية ( قانون ١١ جيرمينال السنة الحادية عشر ) بأنه لا يجوز للافراد تسمية أولادهم

---

(١) Propriété d'une lettre de change (٢) Chairs

(٣) Noms de famille أو Noms patronymique وبعبارة موجزة Nom

(٤) Filiation (٥) Adoption (٦) Enfants trouvés ( شرح القانون المدني لفتحي زغلول باشا ص ١٤ ) (٧) Prénom

الا بالاسماء العادية أو بأسماء رجال التاريخ القديم . وصدر هـذا القانون لمناسـبة انه عقب الثورة الفرنسية اخذ الفرنسيون كما أخذ من قبلهم الانكليز والاميركان في تسمية اولادهم بأسماء كبار الرجال وعظمائهم المعروفين مدة الثورة المتوفين منهم والاحياء . ولما لوحظ ما شاب هذا القانون من الابهام والغموض بشأن عبارة التاريخ القديم صدر منشور سـنة ١٨٦٥ بتعيين الاسماء التي يجوز حملها . ولـكنه اهمل بحكم العادة

هذا وقد لوحظ في مصر ايضاً مثـل ما لوحظ في فرنسا وانكلترا وامريكا . ذلك انه اثناء الحرب العالمية الحديثة وقبل انتهائهـا اخذ بعض الافراد يسمون أولادهم بأسماء كبار الرجال الذين عرفوا في هذه الحرب وحصل مثل ذلك في أثناء الحركة المصرية الاخيرة والحركة العثمانية الاخيرة أيضاً

وأما الاسم الذي يعرف به الشخص من طريق الشهرة العـامة[1] فقد أجيز حمله بفرنسا على شرط ألا يكون من أسماء النبلاء والاشراف في عصر الاقطاعات

وتحمل الزوجة لقب زوجها ولا تحمله بعد طلاقها منه . وكانت تجري العادة قديماً في بعض أقاليم فرنسا أن يحمل الزوج اسم زوجته . وبقيت هذه العادة في المسائل التجارية وأقرها القضاء الفرنسي .

## في الـكيان القانوني لحق الاسم وفي وسائل حمايته

### ٨٨ — تحمي ملكية الاسم حماية جنائية وحماية مدنية

أولا : *الحماية الجنائية* : تقضي المادة ٢٥٩ عقوبات فرنسي بمعاقبة من يحاول تغيير اسمه في سبيل الحصول بغير حق على امتيازات ذات شرف . ولوأنه لايوجد لهذه المادة مثيل بالقانون المصري الا أن من حاول مثل هذا العمل يقع حتما تحت طائلة قانون العقوبات المصري باعتباره مرتكبا لجريمة النصب أو التزوير في أوراق

(١) Surnom أو Pseudonyme

رسمية أو عرفية اذا توافرت اركان النصب أو التزوير

ثانياً : الحماية المدنية : [١] اما أن يطالب المدعى انتفاعه بالاسم دون غيره [٢] وفى هذه الحالة تعتبر الدعوى ذيلا لدعوى ثبوت النسب [٣] وما دام أن التنازع هنا على رابطة النسب للمتخاصمين لجهة واحدة أصبحت الدعوى من اختصاص القضاء الشرعى باعتبار أن الدعوى دعوى ثبوت النسب

واما أن المدعى للاسم يطلب منع خصمه من حمل الاسم واستعماله . وفى هذه الحالة توجد جملة صور . اما أن المدعى عليـه تسمى باسم المدعى بغير حق واما أن المدعى عليه بدلا من أن يتسمى هو بالذات بالاسم المتنازع عليه فانه يستخدمه رمزاً لاسم شخص خيالى فى عمل أدبى كرواية . واما أن يستخدم الاسم لبضاعة يعرضها للبيع واما أن المدعى عليـه هو مدع فى دعوى امام المحكمة المدنية فى مواجهة النيابة ويريد تغيير اسمه

ففى هذه الحالة الأخيرة يجوز للمنازع للاسم أن يدخل خصما ثالثاً فى الدعوى ويطلب عدم الحكم بتغيير اسم المدعى . قلنا هذا من طريق القياس بفرنسا عند ما يريد الفرد تغيير اسمه فيقدم طلباً لمجلس الحكومة بباريس على شكل دعوى فيأتى المنازع ويدخل خصما ثالثاً محتجا ضد التعديل [٤]

وأما الصور الثلاثة الاخرى فانها تصبغ بصبغة مدنية . ولا يوجد لها تشريع فرنسى ولا تشريع مصرى بخلاف القانون الالمانى فانه قرر بالمادة ١٢٠ ما يأتى : « انه فيما يتعلق بحق حمـل الاسم واستعماله يجوز لصاحب الحق ، اذا تعرض له متعرض عنـد استعماله للاسم ، أو حصل له ضرر فى مصالحه بفعل شخص آخر استعمل هذا الاسم بلا حق يجوز له مطالبة خصمه بالامتناع من احداث الضرر واذا خيف من حصول مثل هذه الاعمال الضارة فى المستقبل فانه يجوز لصاحب الحق رفع دعوى يطلب فيها منع الاستعمال »

---

(١) Sanction de droit civil
(٢) Réclamer أو Revendiquer
(٣) Action en réclamation d'état
(٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٣٥٩

ويقول الشارحون الفرنسيون [١] بأنه لا يوجد مانع فى القانون الفرنسى من رفع مثـل هذه الدعوى . ونرى نحن أيضاً من طريق القياس أنه لا يوجد بمصر ما يمنع من رفع مثـل هذه الدعاوى وقبول نظرها أمام المحاكم . واذا صح رفع الدعوى فما هو حينئذ الوصف الذى توصف به أى ما هو كيانها القانونى ؟ الوصف القانونى فى ذلك يرجع للكيان القانونى لحق الاسم . وهنا اختلفت الآراء

رأى يقول بأن الاسم عبـارة عن حق الملكية [٢] ولكن لا يمكن الأخذ بهـذا الرأى لان الاسم لا يجوز اعتباره حق ملكية . ذلك لان الاسم فى ذاته لا يعتبر من الأشـياء التى تدخل ضمن مال الانسان وثروته[٣] وعلى ذلك فهو لا يقبل التصرف فيه[٤] ولا يجوز تملكه بمضى المدة [٥]

ورأى آخر ، وهو هذه المرة سلبى محض ، يقول بأنه ليس هنـاك حق ذو أى وصف ما تختص به الاسماء . وأن الغرض من الاسماء انما هو نظام خاص فى تمييز الاشخاص عن بعضهم البعض وأنه اذا كان الافراد يتخاصمون الى القضاء بشأن الاسماء فانهم يتخاصمون مستندين الى المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى أى يطلب البعض الى البعض الآخر تعويضـاً نظير الضرر الذى أصابه بسبب الاسماء . حتى ولو كان التعويض لسبب الخلط فى الاسماء بين صاحب الاسم الحقيق ومغتصب الاسم . وهـذا هو ما يجرى عليه مجلس الحـكومة بباريس اذ لا يقبل دخول خصم ثالث أمامه فى دعوى تتعلق بتغيير الاسم الا اذا أثبت الخصم الثالث ضرراً يصيبه من ذلك[٦]

أما « كولين وكابتان » فانهما يريان بأنه ليس هناك محل للاخذ بطريقة

---

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٣٦٠

(٢) د ، ٩٠٢ ، ٢ ، ١٧٤ — س ٩٠٢ ، ٢ . ١٥ (٣) Patrimoine

(٤) Incessible (٥) Imprescriptible —س ، ٨٤ ، ٢ ، ٢١ ومقال Labbé — د ، ٩٣ ، ١ ، ٢٤٤ — س ، ٩٣ ، ١ ، ٢٥ ومقال Lallier

(٦) د ، ٩٠٢ ، ٣ ، ٩٩

مطردة برأى من هـذه الآراء التى عرضناها الآن (١) وان الطريقـة التى يجب اتباعها فى تكييف الحق للاسماء تكييفاً قانونياً صحيحاً وفى تكييف الدعوى التى تعتبر اداة لحماية هذا الحق ، هذه الطريقة تختلف باختـلاف الظروف واختلاف مظاهر أنواع الخلاف بين المتخاصمين . واذا كانت الاحكام السابقة قد تتعارض مع بعضهـا البعض من حيث تقرير نظرية واحدة ينسج على منوالها بطريقـة مطردة فى جميع المسائل فان ذلك لا يعتبر فى الحقيقة تناقضاً وتعارضاً بل هو عين التجانس فى الاحكام : ذلك لانه اذا كان النزاع يتعلق بالادعاء بالملكية للاسم استحال النزاع فى الحـال الى دعوى ثبوت النسب (٢) ويجب على من ادعى قصر الاسم عليـه دون خصمه أن يقيم الدليل على اتصاله بالجد اتصالا صحيحاً دون خصمه . ومع ذلك يعتبر الاسم امارة خارجيـة للدلالة على شخصية الفرد من حيث اتصاله بأبيه وجده . وهـذا هو ما يقوله القضاء الفرنسى وهو ما يفيد حقيقة بأن الاسم لا يجوز تملكه بمضى المدة ولا يجوز التصرف فيه . هذا فيما اذا كان الاسم يتعلق بالنسب . وحق تملك الاسم دون المغتصب حق يملكه كل فرد من أفراد الاسرة ذكوراً كانوا أو إناثا حتى ولو كانت البنت قد تزوجت وتسمت باسم زوجها . كل هذا جائز دون الحاجة الى اثبات ضرر ما ، أى يكفى اثبات احتمال الخلط فى الاسماء (٣)

وأما اذا كان الاسم لا يرجع الى النسب واسم الأسرة بالرجوع الى الاب والجد وكان النزاع خاصاً بتملك الفرد للاسم من طريق الاستعمال والشهرة بحيث أصبح رمزاً عليه يعرف به ، فلا يعتبر النزاع فى هذه الحالة خاصاً بدعوى النسب انما هو خاص بحق اكتسبه المدعى مع الزمن وتقرر له حق عليه بالزمن والاستعمال بحيث يجوز له اذا اغتصبه منه مغتصب ، حق المطالبة به . والحق فى الاسم هذا

(١) ج ١ ص ٣٦٠ (٢) Action d'état

(٣) د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ٨٥ — س ١٩٠٣ ، ٥٠٥ ومقال Naquet — كولين وكابتان ج ١ ص ٣٦١

يعتبر فى عداد الحقوق المقررة للانسان[1] او الحقوق المقررة له باعتبارها متصلة به اتصالا لا ينفصم[2] فاذا تبين اكتساب الحق بالزمن والاستعمال مع اختلاف وجوه الاستعمال فنياً كان أو أدبياً جاز منع الغاصب من استعمال الاسم[3] أى أنه كلما تبين حصول ضرر للفرد من جراء استعمال اسمه جاز له حق المطالبة بتعويض وطلب منع حصول الضرر بمنع المزاحم من اسـتعمال الاسم . وقد حكم القضاء الفرنسى بمنع الزوجة من حمل اسم زوجها اذا استعملت هذا الاسم فى غير المناسبات الزوجية وحصل له ضرر أدبى أو مادى . كما اذا كانت الزوجة مغنيـة وتغنى فى المسـارح والمراقص وهى تحمل اسم زوجها[4] وكذلك الحال فيما اذا كان تاجر يزاحم تاجراً آخر فيضيف على اسمه اسم زوجته التى هى فرد من أفراد عائلة التاجر الآخر حتى يختلط اسمه مع اسم المزاحم معه فيستفيد من ذلك . فى هاتين الحالتين تقبل الدعوى لان الاسم قد استخدم فى غير المناسبات المقررة له

هذا ولا يفوتنا القول هنا بأنه اذا كان الاسم قد أريدت منه مصلحة مالية ولم يكن الغرض منه تمييز عائلى لافراد العائلة كما اذا كان الاسم منصرفا الى علاقة تجارية خاصة تمييزاً لمحل صناعى تجارى عن بقية المحلات المشابهة له ، بأن اعتبر اسما تجاريا[5] وأصبح الاسم بذلك داخلا ضمن ثروة الانسان وماله باعتبـاره حقاً معنوياً فيه ، أى أنه أصبح مقوماً لدى صاحبـه بالمال : قلنا اذا تبين ذلك اعتبر الاسم مالا وأصبح قابلا للتصرف فيه وجواز تملكه بمضى المدة

---

(١) Droits de l'hommes (٢) Droits innés

(٣) س ، ١٩٠٦ ، ٢ ، ٢١٧ ومقال Perreau (٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٣٦٢

(٥) Nom commercial

## ٢) في الملكية

## الصناعيـة والأدبيـة والفنية

٨٩ — يراد بالملكية الصناعية[١] الحقوق المقررة للمخترعين[٢] على مخترعاتهم واكتشافاتهم ( شهادات الاختراع )[٣] والحقوق المقررة للتجار وأصحاب المصانع على علامات المصنع[٤] والعلامات التجارية[٥] وعلى أشياء أخرى . وهذه الملكية الصناعية انما تدخل في أحد فروع العلوم القانونيـة المسمى بقانون الصناعة[٦] ( أو التشريع للعمال ) وله قوانين خاصة به صدرت بعد صدور قانون نابليون سـنة ١٨٠٤ ولم يكن لها شبيه بالقوانين المصرية . ولكن القضاء المصرى وعلى الاخص القضاء المختلط وضع لهذا القـانون مبادئه العـامة بالرجوع الى الاصول القانونيـة العامة[٧] والى القانون الطبيعى[٨] والى العـدالة وها نحن نبين ذلك بعض التبيين

والملكية الفنية[٩] هى ما يتعلق بالمسائل الفنية كالنقش[١٠]

والملكية الادبية[١١] هى ما تتعلق بالمؤلفات من كتب ورسـائل ومقالات وروايات وخطابات

ولقد سكت الشارع المصرى عن التشريع لهذين النوعين من الملكية كما سكت عن الملكية الصناعيـة[١٢] . ولكن القضاء المصرى سد هذا النقص كما بينا في الملكية الصناعية . وانا نبين الآن حقوق هـذه الملكية على اختلاف أنواعها

---

(١) Propriété industrielle (٢) Inventeurs
(٣) Brevet d'invention (٤) Marque de fabrique
(٥) Marques de commerce (٦) Droit industriel
(٧) Droit commun (٨) Droit naturel (٩) Propriété artistique
(١٠) Sculpture (١١) Propriété littéraire
(١٢) انظر بحثاً بمجلة مصر الحديثة المجلد الاول سنة ١٩١٠ ص ٨٧ — ١٢١ لواضعه جولين شمر على الملكية الادبية والفنية والصناعية بمصر

وما قرره القضاء المصرى بشأنها وما قاله عنها أيضاً رجال الفقه المصرى

## ١ — فى أصل الملكية الادبية والصناعية وشرعيتها

٩٠ — فى شرعية هذه الملكية : أكد مؤلفون عديدون شرعية الملكية الادبية وقرروا أن حق المؤلف انما هو حق الملكية . وقالوا بأن المؤلف يشبه فى بيعه لكتابه المزارع الذى يبيع محصوله . وقال لامارتين[١] ان الملكية الادبية هى أقدس أنواع الملكية . وعلى ذلك قرروا بأن الملكية الادبية هى أكثر أنواع الملكية اتصالا بالانسان اتصالا محكماً ، لان ملكية الاشياء انما تنصب فى الخارج على أشياء معينة . وأما الآراء والافكار التى يودعها المؤلف كتابه فانها هى بذاتها نفس المؤلف وشخصيته . وقالوا بأن الملكية الادبيـة هى كـكل أنواع الملكية الاخرى ثم أطلقوا عليها الملكية الادبية [٢] وقد اعترض على ذلك مؤلفون آخرون وأنكروا على المؤلفين الاولين هذه الملكية الفكرية[٣] اذ لاحظوا عليهم أنهم جعلوا المنتج[٤] مالكا[٥] مع أن الانتاج عمل مأجور . أى العمل شىء ، والاجرة عليه شىء آخر . وترجع الملكية لا الى رغبة الرجل بل الى طبيعة الشىء ، وفرق بين عالم المـادة [٦] وعالم الافكار والآراء[٧] اذ يستغل الاول بالاستيلاء عليـه استيلاء فعلياً فيعود منـه النفع على الناس . وأما الثانى فلا بد فيـه من النشر وجعله بحيث يستطيع الكل العـلم به والوقوف عليـه . فالنفع فى الاول يظهر بتملك الفرد له . والنفع فى الثـانى لا يتم الا اذا أصبح مشاعاً على الـكل ووقفا على الجميع لا يختص صاحبه به دون غيره . كل ذلك يرجع لتنافى طبيعة الشيئين . مادة الاول وطبيعة الثـانى . وان كان للمؤلف الحرية المطلقة فى أن يحتفظ بعمله دون نشره أو أن ينشره على الافراد ، الا أنه اذا نشره أصبح رأيه ليس له فقط

---

(١) Lamartine (٢) بلانيول ج ١ ص ٧٨٣ ن ٢٥٤٥ طبعة سنة ١٩٢٠

(٣) Propriété intellectuelle (٤) Producteur (٥) Propriétaire

(٦) Monde matériel (٧) Monde des idées

بل للجميع أيضاً ولا يملك نزعه من هذا الاخير[١] ويرى بلانيول[٢] أنه لا يمكن تسمية حق المؤلف على كتابه بالملكية وانما للمؤلف أجر[٣] وتعمل الشرائع على حماية المؤلف في تقرير نوع له من الاحتكار[٤] في سبيل استغلال عمله[٥]

**٩١ — في أبدية حق التأليف** : ومما شغل الشارحين مبدأ أبدية الحق[٦] فهل يجوز جعل الملكية الادبية خالدة في أيدي أصحابها وورثتهم كالملكية العادية سواء بسواء ، أم لابد من ضرب زمن معين لهذا الاحتكار في استغلال المؤلفات والمخترعات ، باعتبار أن هذه المؤلفات تهرم وتشيخ ثم تموت بأن تزول عنها مزاياها الوقتيــة وأن لا يصبح لها من القيمة العلمية الا بالقدر المناسب من الوجهة التاريخيــة ؟ ترى الشرائع الحاضرة تعيين زمن للانتفاع بحقوق الملكية للمؤلفات بحيث يستطيع المؤلف وورثته من بعــده الاستمرار بهذا الانتفاع وعينت زمنــاً اذا مضى هذا الزمن أصبح الكتاب ملــكا عاماً في عداد الاملاك العامة[٧] أي أن تحديد الزمن في الاحتكار بالانتفاع يرجع للمصلحة العامة لا للاسباب الاخرى التي ذكرها بعض المؤلفين في أن دوام الحق يترتب عليه تعدد الورثة والعجز عن حصرهم ( على أن ذلك ظاهر في الملكية العقارية أيضاً ) أو أن الذين ينتفعون بالحق انما هم طائفة الناشرين[٨] دون غيرهم ( مع أن العادة جرت الآن على أن يكون للمؤلف نسبة معلومة من ثمن كتابه )[٩] واذا أصبح المؤلف ملـكا عاماً فهو حي دائم طالما أن النابهين من أهل الحركة العلمية يتعهدونه بالتهذيب

(١) بواستيل في فلسفة القانون ج ١ ن ١٤٥ Boistel : Philosophie du droit

(٢) ص ٧٨٣ ن ٢٥٤٥ (٣) Salaire (٤) Monopole

(٥) وكان المؤلف يشتغل كتابة بواسطة امتيــاز يعطى له من الملك لطبع كتابه في مطبعة معينــة . ثم حل القانون محل الامتياز وتقرر للمؤلف حق الانتفاع بمقتضى القانون بمؤلفه مدة حياته ولورثته مدة خمسين سنة . واذا كانت الحكومة هي صاحبة التأليف فلا يموت حقها أبداً : بلانيول ص ٧٨٥ ن ٢٥٤٩

(٦) Perpétuité (٧) Domaine public (٨) Éditeurs

(٩) بلانيول ص ٧٨٤ ن ٢٥٢٦

والتعديل ويصبح الكتاب الموضوع وكأنه أثر تاريخى أو سند علمى

**فى أبدية حق الاختراع** : وكذلك فعل الشارحون أيضاً بشأن شهادات الاختراع[١] فانهم لم يقرروا لها الاخرى أن تكون خالدة بل هى معقودة بزمن معين والا اذا ظلت خالدة لنجم عن ذلك خطر بالصناعات المختلفة ووقف تقدمها وحرم آخرون من المكتشفين من حق اختراعاتهم الاخرى المشابهة . وهكذا الحال أيضاً بشأن المؤلفات على اختلاف أنواعها فان الآراء والافكار التى اشتملتها انما هى تنبعث عن الظروف المحيطة بها . فلا يعتبر الرأى فى الحقيقة ملكا خاصاً بصاحبه لأنه مدين فيه بما ورثه عن الآباء والاجداد وتركه المؤلفون الآخرون السابقون عليه[٢]

**٩٢ — الملكية الادبية من حيث هى** : سماها الفقه المصرى بشبه الملكية[٣] وقررها القضاء باعتبار أن المحصول العلمى للانسان انما هو خاص به وأن الشرائع الحاضرة عنيت بحماية هذه الحقوق[٤] ويثبت حقه حتى ولو كان عمله راجعاً الى وظيفته الحكومية باعتبار أنه استعان بها فى تكوينه[٥] لانه لا يجوز للمصلحة التابع هو لها أن تستفيد بلا مقابل من عمله فهو لذلك فى حل من الاستعانة بدعوى المطالبة بالمقابل[٦] . وحق الملكية ثابت على المؤلف المطبوع أو المكتوب بخط اليد[٧] والذى لم يطبع بعد[٨] وعلى أدوار الغناء اذا تبين أن صاحبها لم يرد

---

(١) Brevet d'invention

(٢) ومن المقرر بفرنسا أن احتكار الانتفاع بشهادات الاختراع لا تزيد مدته عن ١٥ سنة ولا بد فيه من شهادة Brevet من الحكومة وعلى شرط دفع جعل سنوى . وله أسباب تدعو الى سقوط الحق واندماجه فى أموال المنفعة العامة . ويرى أن حماية الشارع للاختراع أقل من حمايته للملكية الادبية . لان المخترع مدين فى اختراعه للظروف الصناعية أكثر من المؤلف فى وسطه الادبى والعلمى

(٣) Quasi-propriété ( دى هلس ج ٣ ص ٥٧١ ن ٣٠ )

(٤) ج ع ٣ ص ٤٤٧ ن ٤٧٢٥ (٥) ن ٤٧٢٦

(٦) Action de in rem verso (٧) Manuscrit

(٨) ن ٤٧٢٨ — دى هلس ج ٣ ص ٥٧٢ ن ٣٣

تركها للكافة [١] وعلى ما ينقله الغير من كتاب آخر بلا تنقيح وتهذيب [٢] حتى ولو لم يقل بأول طبعة «حقوق المؤلف محفوظة» [٣] وهذه الحقوق مقررة للمؤلف ولورثته أخذاً بالعدالة [٤]

ولا يجوز تمثيل الروايات الا باذن من أصحابها المؤلفين أو المحتكرين لها ، كما لا يجوز نشرها أيضاً الا بعد الحصول على هذا الاذن [٥] ويجوز للافراد طبع القوانين والمراسيم ونشرها والاستفادة من بيعها . كما أنه يجوز للحكومة ذلك . ولكن اذا ثبت أن الافراد الناشرين لها قد أخطأوا فى نقلها بما يشوهها ويدخل الغلط على الجمهور جاز للحكومة طلب الحجز عليها ومصادرتها [٦]

والمقالات المنشورة بالصحف السيارة ملك لاصحابها . فلا يجوز الاعتداء عليها انما يجوز نقلها بالاشارة الى أسماء أصحابها [٧] على شرط أن تكون هذه المقالات مما ينشر عادة عن حوادث وقتية معينة . أما اذا كانت المقالات متسلسلة فى بحث معين يصح جمعها فى النهاية وطبعها على حدة فى كتاب ، قد تصدق عليها القاعدة المتقدمة أى لايجوز نقلها الا مع الاشارة الى أسماء أصحابها [٨]

ويجوز نشر الاشارات البرقيـة أو البرقيات التى تنشرها الشركات المخصصة لذلك مع الاشارة الى أسماء هذه الشركات وعلى شرط سبق نشر هذه البرقيات بمعرفة الشركات المذكورة [٩]

**٩٣ — فى الملكية الصناعية وشهادات الاختراع :** جرى القضاء فى حمايتها كما جرى بشـأن الملكية الادبية والاستعانة بنظرية التعويض والمسئولية [١٠] وليس من اللازم ايداع علامات الصناعة [١١] بقلم الكتاب [١٢] المنوه عنه فى الشرائع

(١) ن ٤٧٢٩ (٢) ٤٧٣٠ (٣) ٤٧٣١ (٤) دى هاس ج٣ ص٥٧٣ ن٣٥
(٥) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٥ ن ٤٤ (٦) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٤ ن ٢٨ فقرة ٢
(٧) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٤ ن ٣٩ (٨) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٤ ن ٣٩
(٩) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٥ ن ٤٠
(١٠) ج ع ٣ ن ٤٧٣٢ (١١) Marques industrielles
(١٢) Dépòt au greffe ( دى هاس ج ٣ ص ٥٧٧ ن ٤٨ )

الاخرى والتي ترمى به الى تقرير نظام العلانية والاشهار عنها وتعيين تاريخ ثابت للملكية المتنازع فيها [1] وعلى ذلك يؤخذ بالعلانية بمصر عند العمل بالاختراع في مجالات العمل . ولا يمكن أن تكون الحقوق المقررة على الاختراع خالدة بل يجب أن تكون معقودة بوقت كما قررت الشرائع الاجنبية ذلك . بحيث اذا ظل المخترع ثلاث سنوات ولم يخرج فيها اختراعه الى عالم الظهور والعلانية سقط حقه واذا كان من الجائز الطعن في شهادة الاختراع باوروبا فهذا الطعن جائز فيها بمصر أمام المحاكم المصرية [2] ولا يعتبر الاختراع اختراعاً الا اذا تميز بشيء خاص [3] وأنه جديد في ذاته [4]

**٩٤ — في التقليد** [5] : اذا اعتدى أحد على اختراع سابق أو حق مقرر من قبل أوخذ مدنياً . ولا محل للمؤاخذة اذا لم ينشأ عن التقايد خلط ما [6] أو أن المقلد لم يكن ليعلم بسبق وجود الشيء المخترع من قبل [7] أي أنه كان حسن النية [8] وللمحاكم أن تحكم بمنع التقليد ومصادرة الاشياء المقلدة وبالتعويض [9]

ولا يعتبر تقليداً مجرد الرجوع الى المؤلفات الاخرى ونقل قطع منها [10] ولو كان ذلك بالموسوعات الكبرى [11] وقد رأينا الآن بأنه يجوز للافراد طبع قوانين الحكومة وأوامرها . انما للحكومة حق سحب هذه المطبوعات اذا لاحظت فيها أغلاطا مشوهة للقوانين [12] وكذلك رأينا بأنه يتقرر حق الملكية على المقالات المنشورة بالصحف السيارة والمجلات العلمية [13] وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للرسائل البرقية أو البرقيات أي التلغرافات على شرط اذاعتها أولا بواسطة الشركة

---

(١) ج ع ٣ ن ٤٧٣٣ (٢) ن ٤٧٣٧ (٣) ٤٧٣٨ — ٤٧٤٤
(٤) Nouvauté (٤٦) (٥) Contrefaçon
(٦) ٤٧٤٢ — ٤٧٤٣ (٧) ٤٧٤٤ (٨) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٧ ن ٥١
(٩) النبذة السابقة ون ٤٧٤٧ — وانظر أيضاً ن ٤٧٤٧ — ٤٧٥٩
(١٠) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٣ ن ٣٦ (١١) ن ٣٧ من دى هلس
(١٢) ص ٥٧٤ ن ٣٨ دى هلس (١٣) ن ٣٩

التي كانت البادئة بالنشر[١]. وكل ذلك لا يعتبر تقليداً

وتقرر مثل هذه الحقوق أيضاً بالنسبة للرسامين[٢] والنقاشين أو المثالين[٣] وللمؤلفين للروايات التمثيلية ولا يجوز تمثيلها على المسارح الا باجازة من صاحبها[٤]

**٩٥ — في المزاحمة اللاشرعية**[٥] : تقضي النزاهة التجارية بعدم ادخال الغش على المشترين وافهامهم بمصدر غير صحيح للبضائع وعدم استعمال أي وسيلة ما يخدع بهـا المشترون[٦] ويدخل في المزاحمة غير المشروعة اقتصار التـاجر على استعمال أول كلمة من اسمه[٧] وهو ذلك الاسم الذي يشترك فيـه مع تاجر آخر اشتهرت بضائعه بهذا الاسم[٨] ومن باب أولى اتخاذه لاسم تجاري اتخذه تاجر آخر من قبل واكتسب به سمعة تجارية واذا باع التـاجر بضاعة مقلدة ولم يعلم بالتقليد وظروفه فلا مسئولية عليـه . أي اذا كان حسن النيـة . وأما اذا كان سيئ النية فهو مسئول[٩] ويفترض سوء النية . وعلى التاجر اقامة الدليـل على حسن نيتـه[١٠] ويعتبر مسئولا حتى ولو كان حسن النية اذا نسب اليـه اهمال وعدم احتياط[١١] ويجوز الحـكم باتلاف العلامات المقلدة ونزعها عن البضائع[١٢] كما أنه يجوز بالزام المزاحم برفع الاسم التجاري الذي انتحله لتجارته واذا لم يرفعه جاز رفعه بالقوة بواسطة المحضر . وفوق ذلك فانه يجوز الاستعانة في هذه الحالة بنظرية الاكراه المـالي[١٣] أي التعويض اليومي اذا ظلت المزاحمة غير المشروعة قائمـة

**٩٦ — في جواز الحجز على الاشياء المقلدة**[١٤] : لم يخرج جواز هذا الحجز

---

(١) وبالنسبة لقوة اثبات هذه الرسائل وكذلك أيضاً بالنسبة للصور الفوتوغرافية لمناظر البلاد أنظر كتابنا الاثبات ج ١ ص ٣٢٦ وانظر دي هلس ج ٣ ص ٧٥ ه ن ٤١

(٢) Peintre (٣) Sculpteur ( دي هلس ن ٤٣ ) (٤) ن ٤٤

(٥) Concurrence déloyale (٦) ج ع ن ٤٧٤٥ (٧) Prenom

(٨) ٤٧٦٠ (٩) ٤٧٦٣ (١٠) ٤٧٦٤ — ٤٧٦٥ (١١) ٤٧٦٦

(١٢) ٤٧٦٧ (١٣) Les astreints (١٤) Saisie-contrefaçon

عن كونه نتيجة حتمية لما قررته الاحكام المصرية من أنواع الحمايات المختلفة للملكية الصناعية والادبية وعلى ذلك يجوز الحجز على الاشياء المقلدة بعد استصدار أمر من القاضى المنتدب [١]

## ٢ — التشريع المصرى والملكية الصناعية والادبية والفنية

**٩٧** — لم يضع الشارع المصرى قوانين لهذا النوع من الملكية بل كل ما قرره بالمادة ١٢ مدنى أهلى ولم يكن لها مثيل بالقانون المختلط ما يأتى : «يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك [٢] » ولم يصدر هذا القانون الخاص بذلك للآن . انما يجب أن يلاحظ بان الشارع اعترف بالملكية للمؤلفين وأهل الفن . ويجب أن يعتبر أيضاً بأنه اعترف بالملكية الصناعية برغم عدم التنويه عنها بهذه المادة . لانه نوه عنها بالمواد ٣٠٣ / ٣١٢ عقوبات [٣] . وكل ما أرجأ التشريع فيه انما هو تنظيم هذه الملكية وبيان حقوق أصحابها على مؤلفاتهم ومخترعاتهم بالطريقة التى اتبعتها الشرائع الحاضرة الأخرى

ولم يقف الشارع المصرى عند النص على هذه الملكية بالقانون المدنى الاهلى دون المختلط بل نص عليها بقانون العقوبات اذ قرر بالباب الحادى عشر « فى تعطيل المزادات وفى الغش الذى يحصل فى المعاملات التجارية » [٤] بالمادة ٣٠٢ / ٣١٢ ما يأتى . « يكون مرتكباً لجنحة التقليد [٥] كل من طبع بنفسه

---

(١) Juge de service (ج ع ٣ ن ٤٧٦٩ — ٤٧٧٠) — انظر مقالا بمجلة الجازيت سنة ٩١٠ — ٩١١ ص ١٣ — لواضعه الاستاذ « دى لا بومريه De la Pommeray » فى الحجز على الاشياء المقلدة

(٢) Loi spéciale (٣) دى هلس ج ٣ ص ٥٧١ ن ٣٠

(٤) Transactions commerciales (٥) Contrefaçon

أو بواسطة غيره كتباً على خلاف [١] القوانين واللوائح المتعلقة بملكيـة تلك الكتب لمؤلفيها أو وضع بنفسه [٢] أو بواسطة غيره أى شيء أعطى من أجله امتياز مخصوص [٣] لاحد أفراد الناس أو لشركة مخصوصة » . فالشـارع يقرر هنـا أنه اذا طبع الغير مؤلفات المؤلفين بطريقة تخالف ما هو مقرر باللوائح والقوانين الخاصة بهذا النوع من الملكية أو صنع شيئاً يشبه ما أخذ من أجله أحد الافراد أو شركة من الحكومة امتيـازاً خاصاً ، اعتبر ذلك كله تقليداً [٤] أى عملا جنائياً يعاقب عليه القانون . وعلى ذلك تقرد المادة ١٢ مدنى الملكية الفنية والادبية ، والمادة ٣٠٣ عقوبات تقرر جزاء لهذه الملكية على من يعتدى عليها . ولكن الرابطة بين المدنى والجنائى هوالقانون الخاص بتنظيم هذه الملكية وبيان حدودها . فاذا لم يوجد هذا القانون ، ولما يوجد بعد ، استحال تحديد المسـئولية الجنائية لما هى عليهـا من الدقة . ولكن اذا استحال التكييف القانونى من الوجهة الجنائية فانه لا يستحيل من الوجهة المدنية لانه لاجل تحديد هذه المسئولية فما علينا الا الرجوع الى المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى لمعرفة ما اذا كان هناك ضرر أم لا [٥] . وما هو مصدر هذا الضرر ان كان من أنواع الخطـأ أو من غيره . وعلى ذلك يلزم بتعويض من اعتدى على هذه الملكية اعتداء مصدره الخطأ [٦] ونتج عن اعتدائه لصاحب الحق . هذا من الوجهة المدنية . وأما من الوجهة الجنائية فان تحديد المسئولية الجنائية متعذر لعدم وجود القانون الخاص كما ذكرنا . وعلى ذلك يجب الحكم ببراءة المتهم بجريمة التقليد مع الحكم عليه بتعويض . لان جريمة التقليد لم تتعين بالقانون الخاص بها الذى لم يصدر بعد . وأما الضرر المدنى فانه قد تعين وتحددت المسئولية فيه بالمادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى كما ذكرنا [٧] ولم يقف

(١) Au mépris
(٢) Confectionner
(٣) Privilège exclusif
(٤) Contrefaçon
(٥) دى هلس ج ٣ ص ٥٧١ ن ٣٢
(٦) Faute
(٧) أنظر مقال الاستاذ Julien Shaar بمجلة Egypte contemporaine المجلد الاول

الشارع بتقرير جزاء الاعتداء على الملكية هذه بعقوبة جنائية ولا بتقرير المسئولية بوجه عام على كل من أحدث ضرراً للغير بسبب خطأه أو بأى سبب آخر ، بل قرر بالمادة ٣٠٤/٣١٣ عقوبات جزاء آخر فى سبيل رفع الضرر عن المجنى عليه وهو مصادرة الاشياء المقلدة ، سواء كانت هذه الاشياء مصنوعة بمصر أو خارج القطر وسواء وجدت تحت يد المتهم بالذات أو شركائه أو تحت يد أى شخص آخر حسن النية أو سيئ النية . وكذلك الحال فما يتعلق بتقليد الاشياء الصناعية[١] أو ألحان موسيقية [٢] أو علامات فوريقة [٣] اضراراً بمالكها (المادة ٣٠٥/٣١٤ عقوبات ) اذ يجوز توقيع العقوبة على من قلد . ونرى أيضاً جواز المصادرة أخذاً بطريق القياس مع المادة ٣٠٤ ولو أن القياس فى العقوبات من المسائل الدقيقة التى لا يرجع اليها الا نادراً جداً . هذا واذا اعتدى المتهم على نزع المؤلفات أو غيرها من حيازة صاحبها اعتبر ذلك سرقة يعاقب عليه طبقاً للمادة ٢٦٨/٢٧٥ عقوبات

هذا بالنسبة للمصريين . وأما بالنسبة للاجانب فانه يجوز لقناصلهم معاقبتهم طبقاً لقوانينهم هم وأخذاً بنظرية الامتيازات الاجنبية المعروفة بمصر[٤]

## ٣ — القضاء المصرى والملكية الادبية والصناعية والفنية

**٩٨ — الاخذ بمبدأ العدالة والقانون الطبيعى :** لم يكن النقص فى التشريع المصرى حائلا يحول بين القضاء والفصل فيما يرفع اليه من دعاوى هذا النوع من الملكية . وربما كان القضاء فى حل من عدم الفصل فى هذه الدعاوى طبقاً للمادة

١٩١٠ ص ٨٧ — ١٢٢ — ش ١ ص ٤٦ عدد ٦٩ — م ر ١ ، ١٨ ص ١٤٤ عدد ٨٢

(١) Objets d'art (٢) Productions musicales

(٣) Marques de fabrique

(٤) دى هلس ج ٣ ص ٥٧٦ ن ٣ ، ٤ فى آخرها

١٢مدنى فى أنها أشارت الى قانون خاص وأن هذا القانون لما يوضع بعد . ولكن القضاء المختلط رأى مع عدم وجود مادة مثل المادة ١٢ أهلى أن يرجع عند سكوت القانون الى العدالة والقانون الطبيعى والمبادئ العامة للقانون ( المادة ٢٤ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة وتقابل المادة ٢٩ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ١١ من القانون المدنى المختلط ) وقرر بأن للمؤلفين وغيرهم من المخترعين وأصحاب الفنون حقوقاً على مؤلفاتهم ومخترعاتهم[1] وقرر لها القواعد والاصول التى تحميها من عبث العابثين . وأساس هذه المبادئ هى المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى و١٣٨٢ أى المسئولية ، بمعنى أنه يجوز الحكم بالتعويض على كل من أحدث بغير حق للغير ضرراً بحقوقه المقررة له على مؤلفاته ومخترعاته . وظننا أنه يجوز للقضاء أيضاً أن يستعين بنظرية وسائل الاكراه القضائى[2] حتى لا يمضى المتعدى فى تقليده وحتى يقلع بحيث يقف الضرر عند حده

## ٣) فى المراسلات البريدية أو الخطابات[3]

### ١ — كلمة عامة

**٩٩** — من آثار المدنية الحاضرة المراسلات البريدية[4] وأطوارها العظيمة التى مرت بها فى عهد هذه المدنية . ذلك لأن المدنية ورقى الصناعة وانتشار

(١) استئناف م ٣ ديسمبر سنة ٩١٣ م ت ق ، ٢٦ ، ٦٣ (٢) Les astreintes

(٣) التعاقد بالمراسلة : المحاماة ، ١ ص ١٨٠ — ١٨٥ و ص ٢٣٨ — ٢٤٢ والصحف الاخرى من نفس السنة الاولى . ورأينا هنا أن نأتى بما سبق لنا أن كتبناه عن هذا الموضوع بالجزء الاول ص ٢٩٤ — ٣١٨ من كتابنا فى اثبات الالتزامات ، مع شىء من التنقيح وقصرنا القول هنا على ما يتعلق بالملكية وما يترتب عليها من الاحكام المختلفة . وأما فيما يتعلق بقوة اثبات الخطاب فانظر ص ٣٠٨ — ٣١٥ من كتابنا المشار اليه . وما يتعلق بالرسائل البريدية أو البرقيات أنظر ص ٣١٦ من كتابنا المذكور . وما يتعلق باعتبار الخطاب انذاراً أنظر كتابنا فى الالتزامات ص ٢٦٣ ن ٢٧٧ وما بعدها

(٤) Lettres missives

التجارة وسهولة المواصلات براً وبحراً وهواء ( بالطيارات والبالونات وتحت الماء بالغواصات ) قد جعلت للمخاطبة بالمكاتبات التحريرية والرسائل البرقية سواء بالتلغراف السلكى أو اللاسلكى أو بالتلفون السلكى أو اللاسلكى شأناً عظيما فى عالم المدنية بما يكون له من الاثر الظاهر فى عالم القانون أيضاً . والقانون فى كل طور من أطوار حياة الانسان انما يمثل حالة المدنيــة ومبلغ نصيبها من الرقى أو وقوف حركتها فهو كالمرآة للعصر الذى يوضع فيــه لانه يحكى بصدق ما تحلى به الناس فى عصرهم من الاخلاق وما امتازوا به من المزايا الخاصة بدورهم الزمنى من الادوار وما هم عليه من المدنية . ولقد جاء قانون نابليون سـنة ١٨٠٤ ووضع وضعه المحكم حتى احتذته جميع الشرائع الأخرى الاوروبية التى جاءت بعــده ورأت فيه مثالا صالحا لشرائعها تأخذ عنه الاصول القانونيــة الرئيسية وتترك ما لا يلتئم مع طبائعها التى ترجع لتقاليدها وعقائدها وأمزجتها الطبيعية . ولكن مع رقى هذا القانون الفرنسى ومع ما وصل اليه من الدقة والعناية فى تقرير القواعد الاصولية للقانون فانه لم يشر الى المراسلات البريدية فى أى نص من نصوصه . وذلك كله لأن التخاطب بالبريد لم يكن قد وصل الى ماوصل اليه فى الوقت الحاضر من ذلك الرقى العظيم . والفضل فى وصوله الى هذه الدرجة الكبيرة هو رقى المدنية ووصولها الى ما ترى من آثار التجارة وشق عباب البحار بالسفن التجارية ( وربما بالغواصات أيضاً ) وقطع المسافات الطويلة بالسكك الحديدية والطيارات . ولقد بلغ من عناية الحكومات بمسائل الاتصــال أن جعلت لها وزارة خاصة تسمى بوزارة المواصلات لان المواصــلات أصبحت الاساس الاول الذى ترتكز عليه المعاملات التجارية بين الافراد ، بحيث اذا تعطلت المواصــلات وقف دولاب الحركة العامة وكان له رد فعل بين النــاس وظهرت امارات الازمات الاقتصادية على اختلاف أنواعها والضائقات المالية وغير المالية وتناول العسر أفراداً عديدين وتفاقم الخطب فيهم بما يقل من موارد ما يرد من الخارج ويبور مما ينتجه البلد فى الداخل أكثر من حاجته

أما الشرائع الحاضرة المدنيـة فانها عنيت بالتشريع للمراسلات على اختلاف أنواعها سواء كانت البريدية أو الـكهربائية باشكالها المختلفة ووضعت لها قواعد وأصولا رجعت فى تقريرها الى الحالات العمرانية التى نشأت عن المدنيـة ورقى الصناعة والتجارة وانتشار كثرة المعاملات بين الناس

والقانون المصرى على حداثة عهده.ولـكونه يعتبر أيضاً فى مصاف القوانين العصرية فانه لم يشر بكلمة الى المراسلات . فالقانون المختلط الذى وضع سنة ١٨٧٥ خلو من ذكر أى نص يتعلق بالمراسلات وكذلك القانون الاهلى الذى وضع سنة ١٨٨٣ . وهـذا نقص عظيم فى القانون المصرى ما كان يجدر بالشارع أن يغض الطرف عنه لان أحكام المحاكم الفرنسية كانت قد فاضت لغـاية سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ وكثرت مؤلفات الشارحين فى نظرية المراسلات

أما القوانين غير العصرية التى لم تسن شيئاً للمراسلات فانهـا مع خلوها من مثـل هذه النصوص فان المحاكم لم تعدم وسيلة قانونيـة وأصلا قانونياً فى تقرير بعض القواعد الخاصة بالمراسلات ؛ ولقد أكثر المؤلفون الفرنسيون فى هـذا الموضوع ورتبوا له أحكاماً وقواعد استقت أصولها من روح التشريع وأصول العمران والمناسبات الاجتماعية الحاضرة على ضوء الاصول القانونيـة الرئيسية للقانون . وأجل المؤلفات فى هذا النوع كتاب للنابغة القانونى العصرى «جينى»[١] وعنوانه « المراسـلات[٢] » وضعه سنة ١٩١١ فى جزئين قد شحنهما بالابحاث القانونيـة المستفيضة وجعله تطبيقاً للقواعد القانونية المتينة التى شرحها سـنة ١٨٩٩ بكتابه المعروف فى « وسائل التفسير[٣] والذى أعاد طبعه أخيراً الطبعة الثانيـة سنة ١٩١٩ فى جزءين ، وجعله تطبيقاً أيضاً « للاصول الفنية والعلمية للقانون الوضعى »[٤] وهو الكتاب الذى ظهر منـه الجزء الاول سـنة ١٩١٤

(١) F. Gény

(٢) Lettres missives

(٣) Méthod d'interprétation

(٤) Science et technique en droit privé positif

والثانى سنة ١٩١٥ والثالث سنة ١٩٢٢ (١) ولقد عرف هذا المؤلف فى مؤلفاته بالبحث العويص والدقيق جداً وبالغوص وراء الاغراض الاجتماعيـة وتعزيزها ليس فقط بالنصوص بل بالادلة العقلية وأصول العمران (٢)

## ٢ — فى الخطاب وحق المرسل والمرسل اليه فيه

١٠٠ — الخطاب عمل من أعمال المرسل فهو فى يد صاحبه ملك له يتصرف فيه كيف يشاء . يكتب ويمحو ويضيف ويحذف . ولكن اذا خرج منه الخطاب ووصل الى المرسل اليه أصبح للمرسل اليه حق الاشتراك فى الملكية معه . فكأنه مشاع بينهما (٣) أو أنه وديعة فى يد المرسل اليه له مصلحة فى الوديعة بالاشتراك مع المرسل (٤) أو أنه تمليك بطريق الهبـة (٥) فمصلحة المرسل اليه ظاهرة بعـد وصول الخطاب اليه وبعد نفض المرسل يده منه . ومهما كان من الاعتراض على

---

(١) ويظهر أن المؤلف جيني Gény كان يشتغل بوضع كتاب المراسلات سنة ١٩١١ فى الوقت الذى يشتغل فيه أيضاً بوضع كتاب الاصول الفنية والعلمية للقانون الوضعى . ويستدل ذلك من مقدمته بالجزء الاول من هذا الـكتاب لانها اشارت الى محاضرة جليلة الشأن كان القاها سنة ١٩١٠ وكانت هى السبب أيضاً فى اخراجه للـكتاب الاخير

(٢) ويحكى هذا المؤلف فى دقته واتساع مناحى ابحاثه المؤلف المعروف «دوجىDuguit» بالقانون النظامى العام Droit public لان هذا الاخير رجع فى كثير من اصوله القانونية التى يقررها الى نفس الدقة والافاضة التى اتبعها جينى

ولقد تعمدنا بذكر هذين المؤلفين بشىء من التطويل لانهما جديران حقيقة بأن يذكرا فى كل آن ومكان لان خدماتها العلمية قد أحدثت الآن فى العالم القانونى ثورة علمية كان لها الاثر الظاهر فى القضاء والفقه . وها هى أحكام المحاكم الفرنسية تنحو نحو جينى فى روح عمله العلمى . وكذلك القضاء الادارى بفرنسا بأحكام مجلس الحكومة Conseil d'Etat فانه سار شوطاً بعيداً فى الرقى القانونى بما يطابق ، ولو من بعض الوجوه ، بعض ما يرى اليه « دوجى »

(٣) استئناف نانسى Nancy ١١ مارس سنة ١٨٦٩ س ٦٩ ، ٢ ، ١١٣ واستئناف « ليموج Limoges » ١٢ فبراير سنة ٩٤ س ، ٩٥ ، ٢ ، ١٧ — د ، ٩٥ ، ٢ ، ٥٣٧

(٤) استئناف ليموج Limoges ١٧ يونيو سنة ١٨٢٤ S. Chr. C. N. VII. 2. 383 وانظر أيضاً جينى Gény ج ٢ ص ١٩٤ — ١٩٥ ن ٧٤ بكتابه المراسلات Lettres missives

(٥) محكمة عابدين الجزئية فى ١٤ يناير سنة ٩١٣ ج ٢٧ ص ٥٢

الملكية المشاعة أو الوديعة[1] أو الهبة فان حق المرسل قد ضعف بخروج الخطاب من يده . ولكن يقوى هذا الحق اذا تبين من ظروف ارسال الخطاب ومن الرابطة القانونية القائمة بين المرسل والمرسل اليه أن ملكية الخطاب لم تزل بخروجه من يد المرسل الى يد المرسل اليه وأن هناك قيداً مستفاداً من تلك الظروف . فاذا طلب المرسل الى المرسل اليه فى الخطاب تمزيقه لمجرد وصوله وبعد تلاوته فلا يجوز فى هذه الحالة للمرسل اليه أن يستخدمه لغرض له[2] الا اذا تبين بأن له مصلحة فى بقائه وأنه قد ترتب له حق بهذا الخطاب لان المرسل لا يملك فى هذه الحالة أن يمحو ما يتقرر لغيره من الحقوق . وربما طلب المرسل تمزيق الخطاب حتى لا يجد المرسل اليه دليلا يستند اليه فيما بعد ضد المرسل . وكذلك تزول الملكية المطلقة عن المرسل اليه اذا كانت الخطابات متبادلة بين رب العمل وعماله من كتبة وخلافهم[3]

١٠١ — وأما اذا كان الخطاب سرياً فان الملكية لا تنتقل الى المرسل اليه على اطلاقها لأنه وان وصله من طريق المرسل وبمحض رغبته وبنية التخلى عنه[4] فان المرسل اليه مع ذلك لا يستطيع التصرف فيه كما يتصرف المالك العادى فى منقول مملوك له فلا يجوز له أن يستخدمه فى أى وقت يشاء ويطلع الغير على ماجاء به أو يقدمه فى الدعاوى أمام القضاء فتتبادل المرافعات الشفوية بشأنه وتزول عنه حرمة السر الذى يكون قد احتواه الخطاب . وقد ينجم عن افشاء السر أضرار مادية وأدبية اما بالمرسل أو بالغير أو بأى شخص آخر غير المرسل والمرسل اليه

١٠٢ — والخطاب فى ذاته يتكون من عنصرين ، عنصر مادى وهو ذات الخطاب باعتباره منقولا مادياً يملكه المرسل اليه من وقت استلامه له . وعنصر

---

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٠ — ١٧٢ ن ٢٤٦٠

(٢) النقض الفرنسى ٩ فبراير سنة ١٨٨١ س ، ٨١ ، ١ ، ١٩٣ — د ، ٨٢ ، ١ ، ٧٣

(٣) استئناف بيزانسون Besançon ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ د ، ٩٠ ، ٢ ، ١٧

(٤) Animo donandi

أدبى[1] وهو ما احتواه الخطاب باعتباره مظهراً لارادة المرسل ومشرحاً لآرائه. وفى هذه الحالة لايملك المرسل اليه اذاعة ما ورد بالخطاب الابرضاء المرسل رضاءاً صريحاً أو ضمنياً ، الا اذا ترتبت للمرسل اليه مصلحة ظاهرة وكان فى نزاع مع المرسل . وللقضاء سلطة ظاهرة فى تقدير سرية الخطاب وغرض المرسل اليه من النشر فيما اذا كان منصرفاً الى نية الايذاء بالمرسل اليه والنيل منه[2]

١٠٣ — واذا كان الخطاب السرى لا يملكه المرسل اليه ملكية مطلقة فيحظر عليه استخدامه فيما يضر المرسل أو الغير فان هذا القيد ينتقل أيضاً الى ورثته باعتباره حقاً من الحقوق التى توجد بتركته . وعلى ذلك فما حظر على المورث يحظر أيضاً على الورثة فلا يجوز لهؤلاء استخدامه بعد وفاة مورثهم فيما يضر المرسل أو الغير . على أن القضاء الفرنسى قد ذهب ببعض أحكامه فى تقرير هذا المذهب الى أبعد من ذلك حيث قرر بأن الخطاب السرى من أصله لا يقبل الانتقال من يد الى يد ولا يصح أن يكون محلا للتوارث فيه . وعلى ذلك يجوز للمرسل أن يطلبه الى ورثة المرسل اليه بعد وفاة المورث وأن يمنعهم من استخدامه أو الاطلاع عليه أو العلم بما جاء به[3] وذهب البعض الآخر الى عكس ذلك حيث قرر بأن كل ما يحظر على الوارث هو ما حظر على مورثه فقط ولايجوز

---

(١) Élément intellectuel

(٢) استئناف م ٢٣ ابريل سنة ٩٢٥ م ت ق ، ٣٧ ، ٣٥٨ أنظر موسوعات كاربانتييه تحت عنوان Lettres missives ن ٢٠٣ وعلى الاخص ن ٢٠٩ وما بعدها -- وانظر حكم محكمة عابدين الصادر فى ١٤ يناير سنة ٩١٣ المتقدم ذكره . — قارن استئناف م ٩ مايو سنة ٩٨٩ م ت ق ، ١ ، ٢٦٤ . ج ع ١ ن ١٠٢٩ تحت عنوان المخاطبات الخاصة Correspondance privée — وللورثة نفس الحقوق المقررة لمورثهم المرسل سواء كان فيما يتعلق بملكية الخطاب بالذات أو فيما يتعلق بكيفية استعمال هذه الملكية : حكم ٢٣ ابريل سنة ٩٢٥ المذكور . وموسوعات كاربانتييه الجزء السابق ن ٢٢٦ . ودالوز براتيك بعنوان Lettres missives ن ٥٥ وما بعدها — واذا حصل نزاع بشأن ما ورد بالخطاب جاز للمرسل أن يطلب الى القضاء تكليف المرسل اليه تقديم الخطاب ، فاذا امتنع المرسل اليه فسر القضاء هذا الامتناع بما يراه : موسوعات البا ندكت ج ٣٨ ص ٥٨٣ ن ١٢ وما بعدها و ن ٣٤٣ و ٣٤٤

(٣) استئناف اورليان Orléans ٢٩ يوليو سنة ٩٦ س ، ٩٦ ، ٢ ، ٢٤٨

أن يتعداه وأبقى للوارث حق حيازة الخطاب السرى ومنع المرسل من استرداده منه [1] ولقد شايع الفقهاء الفرنسيون قضاءهم فى هذا الرأى وبعض الفقهاء البلجيكيين [2] وقد أخذ بهذا الرأى أيضاً « بارد » [3] وحجته فى ذلك أن المرسل اليه يعتبر مالكا للخطاب ولا يحرم من حيازته له على شرط أن لا يبيح السر المكنون فيه الا اذا وجد سبب مشروع لهذه الاباحة

١٠٤ — واننا لا نستطيع الأخذ بما قرره « بارد » وما قرره من قبله « لاجريس [4] » و « هانسين [5] » بل نأخذ بما قرره حكم محكمة أورليان الصادر فى ٢٩ يوليو سنة ٩٦ الذى أشرنا اليه بالهامش وهو اعطاء الحق للمرسل فى طلب استرداد الخطاب السرى من ورثة المرسل اليه ومنعهم من استخدامه أو الاطلاع عليه أو العلم بما جاء به ، ونرى أن سر الخطاب أمر يلاحظ فيه الاشخاص بالذات. والمرسل عند مايرسل خطابه الذى يحمل شيئاً من السرفانه يعتمد على ثقته بشخص المرسل اليه . وقد يحصل أنه يعتمد على ثقته بالمرسل اليه لا بأولاده أو ورثته بوجه عام لأنه من المحتمل كثيراً أن تتفاوت أخلاق المورث مع أخلاق ورثته خصوصاً اذا لم يترك عصبة فيرثه اخوته وأخواته أو ذوو رحم وربما تكون مسافة الخلف فى الاخلاق والتربية والبيئة بعيدة بحيث يخشى معها على أن يكون سر الخطاب محفوفاً بخطر الافشاء والذيوع . واذا اعتبر فى بعض الاحيان ان الخطاب مشاع بين المرسل والمرسل اليه بالذات فان عماد هذا المشاع الشخصية الذاتية للشركاء . وتزول هذه الشخصية بوفاة أصحابها ، وبذا تنحل عروة المشاع

---

(١) استئناف تولوز Toulouse ٦ يوليو سنة ٨٨٠ س ، ٨١ ، ٢ ، ١١٥ — ملحق دالوز تحت عبارة Lettre missive ن ٢٩

(٢) Legris, du secret des lettres missives 1894, n. 103. Hansseins du secret des lettres, Bruxelle, 1890, n. 194.

(٣) بارد ج ٤ ص ١٧٢ الهامش ٣ فى الجزء الاخير منه . مع ملاحظة أن الهامش ابتدأ فى ص ١٧١

(٤) Legris (٥) Hansseins

وتفنى . والمرسل هو صاحب السر والمرسل اليـه هو أمينه فوجب رد الأمانة لصاحبها عند زوال الأمين بالذات . وأما القول ببقاء الخطاب تحت يد الورثة وانه يحظر عليهم ما حظر على مورثهم فلا ضمان له لأن الثقة الأولى تعلقت بذات شخص المرسل اليه وقد زالت بزواله ولانه يخشى أن الورثة يستخدمون الخطاب فى مآرب لهم من طريق اطلاع الغير عليـه ولو من طريق غير علنى الا أن فيه على كل حال افشاء للسر وهذا يتعارض مع ما كان يرمى اليه المرسل عند ما أرسل خطابه الى ذات المرسل اليـه . أما اذا ترتب للورثة حق فى الخطاب السرى كأن كان يشمل هذا الخطاب مسائل أخرى تعتبر مصدراً لحقوق يحميها القانون للورثة فانه فى هذه الحالة لا يحرمون من حق الانتفاع بالخطاب بالقدر اللازم لحماية الحق ليس الا

### ٣ — هل للمرسل اليه أن يقدم خطاباً حاوياً لمسائل سرية فى دعوى بينه وبين المرسل أو بينه وبين الغير ؟

١٠٥ — ان سر الخطاب أمر يتعلق بالحرية الشخصيـة ، والسر أمارة من أماراتها . فكما أنه يجوز لكل فرد مخاطبة أى فرد آخر فى الجهر والعلانيـة ، فله هذا الحق فى الخفاء . ولا يجوز لأى سلطة الافتيات على المخاطبة العلنية أو الخفية ما دام أنها لم تتعد دائرة القانون . وفى اشراف السلطة الحاكمة على المخاطبة بين الناس ضياع لحرية الكتابة ومساس كبير بحرية التفاهم . فالمخاطبة الشفوية يجب أن تكون حرة وكذلك الحال بالنسبة للمخاطبة بالكتابة فلا يجوز فض ظرف وفتحه والاطلاع على ما فيه لما فى ذلك من افشاء أسرار الناس والاطلاع على ما يكونون قد أرادوا كتمانه لأى سبب من الاسباب . ومصادرة الناس فى تخاطبهم الشفوى أو التحريرى افتيات ذو أثر ظاهر على حرية الناس وتعطيل كبير للمعاملات ورفع لثقة التبادل مدنياً وتجارياً وتشويه للتواد الاخوى بين الناس وذوى قرباهم وأنسبائهم وأصدقائهم . الا أنه قد تطرأ ظروف تبيح للسلطة الحاكمة المحاماة المسـاس بهذا الحق خدمة للمصلحة العامة عند اعلان الاحكام العرفية لحرب أو ثورة أو اضطراب . ويكون

الغرض من الاباحة هذه خدمة المصلحة العامة حتى لا يتفاهم بعض الافراد ذوى الأغراض الضارة ، بالكتابة فيما يضر بالامن العام والطمأنينة الشاملة . ولكن عند زوال السبب وقمع الاضطراب ووضع الحرب أوزارها تعود الحرية الشخصية الى ما كانت عليه من قبل وترفع الرقابة [1] عن الرسائل وينطلق كل فرد فى التخاطب مع مخاطبه بما يشاء وكيف يشاء . ولما كان سر المخاطبة بالكتابة أمراً يرجع للحرية الشخصية ، ويحصل أن يشمل الخطاب مسائل سرية يكون من وراء افشائها تشويه لسمعة المرسل أو سمعة الغير أى غير المرسل والمرسل اليه ، ترتبت على ذلك قواعد لحماية من يشعر بأن فى افشاء السر ضرراً به . ومن شأن هذه القواعد اما ان تمنع افشاء السر وهو ما يسمى بالطرق الواقية أو المانعة [2] أى يكون من شأنها الحظر فى تقديم الخطاب [3] . واما التقليل بقدر ما يمكن من قدر الافشاء والتضييق من دائرته حتى لا يعلم به الكثير ويكون ذلك بسحب الخطاب من أوراق النزاع واستبعاده منها . واما بوسائل تأديبية [4] فيما اذا حصل الافشاء . وفى هذه الحالة جاز لمن أضره الافشاء مطالبة المتسبب فى الضرر بتعويض مقابل هذا الضرر أو طلب معاقبته أمام القضاء باعتبار أنه ارتكب أمراً مخالفاً لقانون العقوبات فى بعض الاحوال

اذا علم ذلك وجب علينا أن نبين هنا الاحوال التى يجوز فيها للمرسل اليه تقديم الخطاب الوارد له فى الدعوى المقامة والاحوال التى لا يجوز له فيها تقديمه

١٠٦ — فالاحوال التى يجوز فيها للمرسل اليه تقديم خطاب وصله من المرسل هى الاحوال التى يكون له فيها مصلحة ظاهرة مهما كان الخطاب سريا . فاذا اشتمل الخطاب على قبول من المرسل فى عقد بعد ايجاب من المرسل اليه وتم العقد بين الاثنين وانكر المرسل صدور إيجاب منه ووصول القبول اليه جاز للمرسل اليه أن

---

(١) Censure (٢) Mevens préventifs

(٣) كتاب جينى فى المراسلات ج ١ ص ٢٠٤ — ٢٠٦

(٤) Moyens repressifs كتاب جينى فى المراسلات ص ٢٠٦ — ٢٠٧ ج ١

يقدم الخطاب الشامل للقبول أو المشير للايجاب فى الدعوى وجعله ضمن مستنداته بها حتى ولو كان الخطاب شاملا لمسائل أخرى سرية يترتب على افشائها ضرر بالمرسل لان المرسل اليه لا يستطيع اثبات تمام التعاقد بتوافر الايجاب والقبول الا اذا قدم الخطاب . ولا يصح أن يقف فى طريق اثبات حقه ورود بعض المسائل السرية بالخطاب لما فى ذلك من ضياع الحق لا بعمل المرسل اليه بل بعمل المرسل واذا خاف المرسل عاقبة الافشاء من ضرر يلحقه فما عليه الا أن يقر المرسل اليه على ما يدعيه اذا كان ما يدعيه صحيحاً والا اذا أصر على العناد فلا يلومن الا نفسه، وهذا أخذاً بالقاعدة القائلة بانه لا يجوز لأحد ان يستفيد ، ضد خصمه ، من عمله الخاص به . والا لو اجيز عدم تقديم الخطاب ضمن أوراق النزاع لمجرد ورود مسائل سرية به لترتب على ذلك ترويج الغش والتدليس[1] لانه يكون من السهل على المرسل أن يدس فى خطابه مسئلة سرية يعتمد عليها فى حالة ما اذا كان يرى فيما بعد أن الصفقة غير رابحة فيرجع اليها كلما لمح بارقة أمل من ورائها للخروج من مأزق النتائج القانونية الناشئة عن العقد

أما حق المرسل اليه فى تقديم الخطاب ضمن أوراق النزاع فهو موقوف طبعاً على أنه حق صحيح . أعنى أنه يجب أن يكون النزاع جديا بين الطرفين وخاصاً بتعاقد قانونى . فاذا ادعى المرسل اليه الاستناد الى خطاب لاثبات براءة ذمته أو اثبات حصول تعاقد تام بايجاب وقبول أو اثبات اقرار غير قضائى أو اعتبار الخطاب مبدأ دليل بالكتابة أو الاستناد اليه لمطالبة المرسل بتعويض نظير عبارات السب الواردة بالخطاب أو اثبات صورية عقد ، جاز له فى هذه الحالات كلها تقديم الخطاب ، ولا يحول دون ذلك ادعاء المرسل بوجود مسائل سرية به[2]

---

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٣ ن ٢٤٦١

(٢) بارد ج ٤ ص ١٧٣ ن ٢٤٦١ — النقض الفرنسى ٥ مايو سنة ٩٧ س ، ١٩٠١ ، ١ ، ٤٥٤ — د ، ٩٧ ، ١ ، ٣٨٥ — ابرى ورو الطبعة الرابعة ج ٨ ص ٢٨٩ — ٢٩٠ النص والتعليق ٢ — استئناف ليموج Limoges ١٢ فبراير سنة ٩٤ س ، ٩٥ ، ٢ ، ١٧ ومقال « البيرتيسييه Albert Tissier » على هذا الحكم — د ، ٩٥ ، ٢ ، ٥٣٧ ومقال « فاليرى Valéry » على هذا الحكم أيضاً

١٠٧ — وأما ما قال به بعض الشارحين المتقدم ذكرهم من الحظر فى تقديم الخطاب بواسطة المرسل اليه فيما اذا احتوى على بعض مسائل سرية ، ومهما كان نوع النزاع بين الطرفين لاثبات عقد أو نفيه ، فانا لا نستطيع مجاراتهم فى هذا الرأى لانه يذهب بآثار المعاملات بين الناس ولا يروج المراسلات البريدية والبرقية فى مجال التعامل بها . وفوق ذلك فانه يروج كما قلنا الغش والخدعة من جانب من لا يحرصون على شرف المعاملة فيدسون بالخطابات المتعلقة بالمعاملات القانونية مسائل سرية لتكون ذريعة لهم فى الاوقات المناسبة الاحتمالية لقضاء لباناتهم أو أنهم يتحينون فرصة ورود مثل هذه المسائل بالخطاب ويستندون اليها درأ للنتائج القانونية المترتبة عما جاء بالخطاب من غير المسائل السرية

واذا ظهر بأن الغرض الذى يرمى اليه المرسل غير جدى وأن ما يقصده هو مجرد التشفى والتشهير بخصمه ولا يقصد بالدعوى الوصول الى حق صحيح يحميه القانون ويبيح فيه افشاء السر لمصلحة الحق ، جاز للقاضى العمل على عدم الافشاء واستبعاد الخطاب من أوراق الدعوى حتى لا يضار الناس فى سمعتهم بما تلوكه ألسنة السامعين وبما يتناقله الناقلون وبما يصبح مع التواتر فى النقل مضغة فى أفواه المتسامرين[1]

## ٤ — فى حق الغير بالنسبة للخطاب

١٠٨ — يحتوى الخطاب أحياناً على مسائل يكون للغير شأن فيها . ويحصل أن المرسل يكتب فى الخطاب لمناسبة هامة أو غير هامة شيئاً كثيراً من هذه المسائل ويكون من شأنها اما اقرار بتعاقد مدنى أو تجارى أو ايجاب أو قبول بشأن تعاقد مشروع فيه ويكون المرسل اليه واسطة أو غير واسطة . واما أن يحتوى الخطاب على عبارات مهينة بكرامة الغير . وفى هذه الحالة اما أن يكون

(١) استئناف أورليان Orléans ٢٩ ديسمبر سنة ٩٦ س ، ٩٦ ، ٢ ، ٢٤٨ — د ، ٩٧ ، ٢ ، ٢٩٢

الخطاب لا يشمل مسائل سرية بالمرة واما أن تكون عباراته خاصة بمسائل سرية هامة تتعلق بالمرسل . ولكل حالة من هذه الاحوال حكم قانونى يتفق مع المبادئ القانونية العامة ومع حرمة سر المراسلات

الحالة الاولى : فيما اذا كان الخطاب لا يتعلق بمسائل سرية تهم المرسل : اذا كان الخطاب غير سرى بالنسبة للمرسل وظهرت مصلحة للغير فيه جاز لهذا الغير استخدام هذا الخطاب فى نزاع بينه وبين المرسل [1] ولما كان الخطاب فى حيازة المرسل اليه ويده عليه يد مالك تقريباً فلا يمكن حينئذ تقديمه الا برضاء المرسل اليه . فاذا هم الغير بتقديم هذا الخطاب جاز للمرسل اليه التدخل فى مسئلة تقديمه والدخول خصما ثالثاً فى الدعوى وله أن يطلب استبعاد الخطاب باعتبار أنه لا يوافق على وجوده بملف الدعوى . وفى هذه الحالة يجب عدم قبول الخطاب ضمن أوراق النزاع واذا تقدم الخطاب جاز للمرسل اليه طلب استبعاده . أما اذا كان المرسل اليه سلم الخطاب للغير لاجل تقديمه بالدعوى أو سلمه اليه وبقى تحت يد الغير زمناً طويلا بحيث يستفاد من ظروف التسليم وطول الزمن أنه رضى رضاء ضمنياً ان لم يكن صريحاً بقبول تقديمه فليس له الاحتجاج بعد ذلك على تقديمه ما دام قد رضى به لأن الرضاء سواء كان ضمنياً أو صريحاً فهو يؤدى الى نتيجة واحدة من الوجهة القانونية [2]

ووجود الخطاب تحت يد الغير اما أن يكون آتياً بطريق رضاء المرسل اليه صراحة أو ضمناً كما ذكرنا واما أن يكون بطريق غير مشروع قانوناً . ففى الحالة الأولى يجوز للغير تقديمه على شرط أن لا يكون لغير غرض التقديم . فاذا أودع

---

(١) فاذا أرسل صاحب دعوى لوكيله خطابا يخبره فيه بحصول الصلح بينه وبين خصمه فلا يجوز له الاحتجاج على تقديم هذا الخطاب ووجوده بالدعوى المطروحة بينه وبين خصمه لانه لا يعتبر خطابا سريا بالمعنى القانونى الذى لا يبيح تقديمه الابرضاء المرسل والمرسل اليه : استئناف م ٢١ ابريل سنة ٩٢٠ م ت ق ، ٣٢ ، ٢٨٤

(٢) باردج ٤ص ١٧٥ ن ٢٤٦٣ — استئناف باريس ٢ ديسمبر سنة ٩٨ د ، ٩٠٠ ، ٢ ، ٢٩٩

تحت يد الغير على سبيل الامانة فلا يجوز تقديمه بغير رضاء المرسل اليـه الا اذا طال أجل الامانة بما يفيد الرضاء ضمناً بتقديمه كما ذكرنا . وفى الحالة الثانية أى اذا سرق الخطاب من المرسل اليه أو اختلس منـه بأى طريقة ما أو أحتيل عليه بطريق الغش ووسائل الاحتيـال المختلفة [١] فيعتبر ذلك انتهاكا لحرمة الملكية سواء كان الغير شريكا فى الاحتيال أو لم يشترك بالمرة ثم وصله الخطاب بعد ذلك[٢] ويجوز له حينئذ المعارضة فى تقديمه أو اذا تقدم فانه يجوز له أن يسحبه من أوراق النزاع حتى ولو تبين بأن للغير مصلحة مشتركة مع المرسل اليه بشأن هذا الخطاب[٣] لانه عنـد وجود المصلحة المشتركة بين المرسل اليه والغير فانه يجوز لهذا الاخير تقديمه فى نزاع قائم بينه وبين المرسل حتى ولو لم يكن هنـاك رضاء من قبـل المرسل وكانت هناك معارضة من قبـله . كل هذا على شرط أن لا يكون الخطاب قد سحب من يد المرسل اليه بطريق الخدعة ووسائل الاحتيال أو بأى وسيلة غير مشروعة [٤]

ومن هنـا نرى أن مصلحة الغير اذا ظهرت بالخطاب المرسل الى المرسل اليه ترتب له حق على الخطاب فله تقديمه فى نزاع بينه وبين المرسل ولو عارض المرسل اليه . وأما وسائل الاحتيال فان القـانون لا يبررها حتى ولو استخدمت لسبب مشروع . انما الذى يمكن أن يتغاضى عنه القانون هى وسائل الخدعة المباحة التى يستخدمها الغير فى الحصول على الخطاب الذى يثبت له مصلحة متى كانت هـذه الوسائل لم تصبغ بصبغة أخرى غير مشروعة كالسرقة والاختلاس والنصب

---

(١) Manœuvres dolosives (٢) بارد ح ٤ ص ١٥٨ — دالوز موسوعات تحت عبارة Lettre missive ن ٧٩ — استئناف محكمة « رين Rennes » ٢٦ يونيو سنة ٧٤ س ، ٧٥ ، ٣٤٢ — والنقض الفرنسى على هذا الحكم فى ٣ مايو سنة ٧٥ س ، ٧٥ ، ١ ، ١٩٧ — د ، ٧٥ ، ١ ، ١٨٣ — النقض فى ١٩ يونيو سنة ٩٥ س ، ٩٥ ، ١ ، ٣٢٥ — د ، ٩٦ ، ١ ، ٢٠ — استئناف م ٩ مايو سنة ٨٩ م ت ق ، ١ ، ٢٦٤

(٣) دالوز موسوعات تحت عبارة Lettre missive ن ١٠

(٤) Moyen illicite

وعند وجود المصلحة للغير يضعف حق المرسل اليه على الخطاب لان الحق الكلى عليه أصبح حقاً بعضياً أى أصبح حقاً مشاعاً ، فكما أن له حق الحيازة فللغير حق ، أساسه ما احتواه الخطاب . ولذلك اذا قدم المرسل اليه خطاباً من مرسل وقام نزاع بين المرسل اليه وبين الغير وأراد من تقديمه للخطاب أن يحتج به على هذا الغير جاز لهذا الاخير استخدام هذا الخطاب فى النزاع حجة له . وفى هذه الحالة لا يجوز للمرسل اليه مقدم الخطاب أن يسحبه من أوراق النزاع اذا عارض الغير فى سحبه لأن الغير قد ترتبت له مصلحة على هذا الخطاب فلا يملك المرسل اليه تعطيل هذه المصلحة بمحض رغبته وارادته[١]

الحالة الثانية : فيما اذا كان الخطاب ذا صبغة سرية : انتهينا فى الحالة السابقة فيما اذا كان الخطاب لا يحتوى على مسائل سرية . وأما اذا احتوى على مسائل سرية تتعلق بالمرسل ، ففى هذه الحالة تظهر مصلحة لهذا المرسل وعلى ذلك يكون هناك ثلاثة أشخاص المرسل اليه والغير والمرسل ولكل منهم مصلحة فى الخطاب فكما أنه لا يجوز للغير تقديم الخطاب الا بعد رضاء المرسل اليه ففى هذه الحالة الثانية التى نحن بصددها الآن يجب أيضاً أخذ رضاء المرسل ما دام أنه قد ترتبت له مصلحة فى الخطاب وجاءت له المصلحة من ورود بعض المسائل السرية الخاصة به بالخطاب[٢] . وهذا الرضاء لازم حتما حتى ولو كان الغير قد بنى دعواه على مسائل الغش والتدليس[٣] لانه لا يجوز فى هذه الحالة — المتعلقة بمصلحة

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٦ والاحكام الواردة بالهامش ٣ و ٤

(٢) ابرى ورو الطبعة الرابعة ج ٨ ص ٢٩١ — هوك ج ٨ ن ٢٥ مكررة — استئناف أورليان Orléans ٥ اغسطس سنة ٩٢ د ٩٣، ٢ ، ٥٥٨ وقضت محكمة السين Seine فى ١٧ مارس سنة ٩٠٠ .Caz. Pal. 1900, 1 بانه لا يجوز للغير الاعتماد فى دعوى تعويض على الخطاب السرى المتعلق ببعض البيانات الخاصة بالمدعى عليه — ومع ذلك فقد قضت محكمة أورليان فى ٩ مايو سنة ٧٦ وأقرته محكمة النقض فى ١٤ نوفمبر سنة ٧٦ ( س ، ٧٨ ، ١ ، ٢٠١ — د ، ٧٨ ، ١ ، ٦ ) بانه يجوز للغير الاستناد الى خطاب سرى اذا كان لهذا الخطاب علاقة بدعواه حق ولو عارض المرسل والمرسل اليه فى تقديمه على شرط أن لا يكون الغير قد حصل عليه بطريق غير مشروع

(٣) Allégations de dol

شخصية لا شأن للمصلحة العامة فيها — أن تتمشى عليها القواعد المقررة بشأن النظام العام والمصلحة العامة فى المسائل الجنائية وهى الخاصة بعدم انتهاك حرمة سر الخطابات [١]

واذا تقدم الخطاب من الغير ولم يعارض فيه المرسل ولا المرسل اليه فهل يجوز لمن تقدم الخطاب ضده ، وهو غير هذين الأخيرين ، أن يعارض هو الآخر فى تقديم الخطاب باعتباره أنه سرى وانه لايجوز افشاء الاسرار خدمة للمصلحة العامة واحتراماً للاخلاق التى تهم جميع الافراد ؟ ان الآداب العامة وحرمة الاسرار تحول دون استخدام الخطاب السرى وسيلة للحكم فى دعوى يرجع للفصل فيها الى تشويه سمعة الناس . ولذا أفتى رجال القانون فى هذه الحالة بأنه اذا عارض الشخص المرفوعة عليه الدعوى من الغير فى تقديم خطاب سرى ودون أن يعارض المرسل والمرسل اليه لجهلهما بالدعوى القائمة فانه يجب فى هذه الحالة رفض تقديم الخطاب ، واذا تقدم فيستبعد من أوراق النزاع [٢] . وأما اذا علم المرسل والمرسل اليهما بتقديم الخطاب ، ورضيا بتقديمه صراحة أو ضمناً من طريق السكوت والاغضاء فلا يجوز للخصم أن يعارض فى تقديمه وأن يمنع الغير من الانتفاع به ما دام أن من لهما مصلحة فى أن يظل الخطاب سراً مكنوناً فى عالم الخفاء قد رضيا بذلك . على أن فريقاً من الشارحين يرى أنه لا بد من الحصول على رضاء صريح من المرسل والمرسل اليه بتقديم الخطاب السرى وانه

---

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٧ ن ٢٤٦٥ واذا كان الخطاب مرسلا من صاحب العمل الى أحد عماله واشتمل الخطاب على مسائل سرية بالنسبة للعمل فانه لا يجوز فى هذه الحالة للعامل المرسل اليه أن يسلم هذا الخطاب للغير . واذا تسلم اليه فلا يجوز لهذا الغير استعماله والانتفاع به فى الدعوى أمام القضاء . وعلى ذلك يجوز لصاحب العمل وهو المرسل أن يطلب فى أى وقت يشاء استرداد هـذا الخطاب ويجب تسليمه اليه ( استئناف م ١٠ فبراير سنة ٩٢ م ت ق ، ٤ ، ١٣٤ — ١٣٥ الا أنه اذا تقدم مثل هذا الخطاب المتقدم ولم ينازع صاحب العمل فيما جاء به ولم ينكر امضاءه واقتصر فقط على سحبه من ملف الدعوى جاز لمن يستفيد من هذا الخطاب — بعد أن يسحبه صاحبه من الدعوى — أن يثبت ما جاء به بشهادة الشهود ( استئناف م ١٢ نوفمبر سنة ٩٦ م ت ق ٩ ، ١٨ )

(٢) بارد ج ٤ ص ١٧٧ ن ٢٤٦٥ والمؤلفين الواردة أسماؤهم بالهامش ٢

يجب على القاضى أن يتحقق من هذا الرضاء الصريح بما يفيد حصوله فى الواقع والحقيقة (١)

واذا كان المرسل والمرسل اليه خصمين فى النزاع ولم يعارضا فى تقديم الخطاب وتنازلا عن التمسك بسر الخطاب فلا يجوز للمحكمة أن تدفع من نفسها بسر الخطاب لان هذا الدفع ليس من النظام العام بل هو شرع لمصلحة الفرد دون الجماعة . واذا لم تحصل المعارضة فى تقديمه أمام محكمة أول درجة فلا تجوز المعارضة فى الاستئناف لأن الافشاء الذى كان يخشاه من له مصلحة فى بقاء السر مستوراً قد وقع بالدرجة الاولى وحصلت المناقشة بشأن ماورد بالخطاب . وبوجه عام لا يجوز التمسك بسر الخطاب والمعارضة فى تقديمه اذا ظهر بأن الافشاء قد وقع بالفعل . فاذا سبق وتقدم الخطاب امام محكمة جنائية (محكمة مخالفات أو جنح أو جنايات) وحصلت المناقشة فيه فلا تجوز المعارضة فى تقديمه أمام المحكمة المدنية (٢)

## ٥ — متى يعتبر الخطاب سريا ؟

**١٠٩** — ان مسئلة سر الخطاب مسئلة موضوعية لاضوابط لها . وللقاضى فى تقديرها سلطة مطلقة . وفى تقريرها يرجع لظروف الخطاب ولمركز المرسل اليه ومركز المرسل وينظر الى مقدار الخطر الذى يحدق بكرامة الناس من افشاء السر أما اذا كان الخطاب متعلقاً بمصلحة الغير فانه لا يجوز فى هذه الحالة للمرسل اليه أن يدعى أمر سر الخطاب أو عدم سره لان المصلحة تعلقت بشخص آخر غيره(٣)

(١) بارد ج ٤ ص ١٧٧ ن ٢٤٦٥ الفقرة الاخيرة . وانظر أيضاً Hansseins بكتابه السابق ن ٢٣٣ و ٢٣٥ و Legris بكتابه السابق ن ١٦٠

(٢) النقض الفرنسى ١٩ يوليو سنة ٩٥ س ، ٨٥ ، ١ ، ١٢٥ — د ، ٩٦ ، ١ ، ٢٠ — بارد ج ٤ ص ١٧٧ — ١٧٨ ن ٢٤٦٥

(٣) أبرى ورو الطبعة الرابعة ج ٨ ص ٢٩١ ن ١٢ — بارد ج ٤ ص ١٧٩ ن ٢٤٦٦ وعلى عكس هذا الرأى ميرلين Merlin ولكن لا يمكن الاخذ برأيه لانه يقول بقرينة لم يقرها القانون

وما القول بشأن الخطابات المرسلة من مجهول ؟ فهل مع كونها غير ممضاة من شخص معلوم تعتبر سرية أم تعتبر عادية يجوز افشاء ما بها في أي نزاع ؟ المفتى به أن هذه الخطابات لا تعتبر سرية . ويجوز للمرسل اليه أن يتمسك بها ضد من يتهمه بأنه هو المرسل لها[1]

## في مبلغ قوة حق الملكية

**١١٠** — يشتمل حق الملكية على الحقوق الآتية : (١) تشمل ملكية الارض العلو والعمق (٢) تشمل الملكية كل ما كان تابعاً لها أي ما اتصل بها أو أدمج فيها — (٣) تشمل ملكية الارض وملكية أي شيء آخر ما ينتج عن الارض وعن هذا الشيء — (٤) لحقوق الملاك على الارض بشأن المياه الملتصقة بها نظام خاص . وها نحن نبين كل شيء على حدة

### ١) في ملكية العلو والعمق

**١١١** — ذكرت المادة ٥٥٢ من القانون المدني الفرنسي ما يأتي : «تشمل ملكية الارض ما فوقها [2] وما تحتها [3] . وللمالك أن ينشيء فوقها ما يشاء من الابنية [4] ويغرس فيها أيضاً مايشاء من الغراس [5] ماعدا مايتعلق بالاستثناءات المقررة في باب حقوق الارتفاق . وله ان يحدث بباطن الارض ما يشاء من الابنية ومن الحفر[6] وأن يستخرج من هذه الحفر ما يمكن أن تنتجه الارض من المحصولات[7] ما عدا ما يتعلق بالقيود الخاصة بالمناجم[8] والقوانين واللوائح الخاصة بالضبط والربط[9] »

ولو أن هذه المادة لا مثيل لها بالقانون المصري الا أنه يصح الاخذ بها لان

(١) النقض ف ٣ مارس سنة ٧٩ س ١٨١، ٣٥١ — د ٨١ ، ١ ، ٢١٢
(٢) Dessus (٣) Dessous (٤) Constructions
(٥) Plantations (٦) Fouilles (٧) Produits
(٨) Mines (٩) Police

ما ورد بها مقرر بالقواعد العامة واذا أخذنا بها أخذاً عاماً لتقرر بأن لمالك الارض حق مطلق وخاص به دون غيره فيما يتعلق بالمنطقة الجوية التي تعلو أرضه وفيما يتعلق أيضاً بالجزء الاسفل من الكرة الارضية والخاص بقطعة أرضه هو . على أن هذا الاطلاق في الحكم ليس صحيحاً من كل وجوهه وله قيود خاصة تتعلق بحق المالك على ما يعلو أرضه من جو وعلى أسفل أرضه من عمق

## ١ — في القيود الخاصة بملكية العلو

**١١٢ — المذهب الفرنسي** : تقل ملكية العلو عن ملكية السفل فيما يأتي :

أولا — اذا حصل اعتداء مادى من معتمد على أرض الجار جاز للمالك للارض وهو المجنى عليه الاستعانة بالحقوق المقررة له قانوناً في منع الاعتداء ، وعلى الاخص فيما يتعلق بالغراس . فاذا امتدت فروع أشجار الجار على أرض المالك جاز لهذا الاخير وهو مالك العلو أن يطلب الى الجار قطع هذه الفروع . فاذا امتنع صاحب الاشجار عن قطع فروعها جاز لمالك الارض أن يطلب الى القضاء قطعها . وأما اذا كان الاعتداء من الجار متعلقاً بأسفل الارض فلمالك هذه الارض حق قطعها من نفسه دون الالتجاء للقضاء . انما يمنع من ذلك اذا شاب عمله اعتداء مادى على شخص الجار [1] ( المادة ٦٧٣ مدنى فرنسي وهى تقرر قواعد عامة ) . والسبب في التفرقة بين الحالتين ، حالة ضرورة الحصول على حكم في حالة الاعتداء العلوى ، وعدم الضرورة الى حكم قضائى في الاعتداء السفلى ، ان المالك للسفل انما يقطع الجذور وهو لا يعلم ان كانت كذلك أم لا عند ما يستغل أسفل أرضه . والا اذا قيد بحكم لعطل ذلك عليه استغلاله لعمق أرضه . هذا هو التعليل العملى على ما يظهر [2]

ولكن ان صحت هذه التفرقة بالنسبة لجذور الاشجار فهل هى تصح أيضاً

(١) Voies de fait (٢) كولين وكابيتان ج ١ ص ٧٢١

بالنسبة للاسلاك الكهربائية وخلافها التي تمتد تحت الارض أوفوقها ؟ قرر القضاء الفرنسي بأنه يجوز لمالك الارض الزام من وضع الاسلاك [1] فوق أرضه أن يطلب الى القضاء قطعها [2] ويرى الفقه الفرنسي من طريق القيـاس مع جذور الاشجار بأسفل الارض أنه يجوز لمالك الارض حق قطع الاسـلاك الموجودة بأسفل أرضه بلا اذن منـه وانه ليس ملزماً بالحصول أولا على حكم الا اذا تقرر وضع الاسلاك بقانون خاص [3]

ثانياً — أنه لما يشك فيه كثيراً أن تنصب ملكية العلو على العامود الهوائي [4] الذي يعلو الارض وانه يجوز للمالك بناء على ذلك حق التعرض للغير في كل وقت استعمل فيـه هذا الغير ذلك العامود الهوائي من مروه بطيارات أو بالونات . نقول يشك كثيراً لان استعمال الغير للعامود الهوائي لم يكن حاصلا بطريقة مستمرة كما يحصل مثلا فيما اذا أحدث الغير غرساً بأرض المالك أو وضع فوقها أسلاكا كهربائية أو أنشأ قنطرة فوق قناة يملكها صاحب القناة . لان هذه الاعمال الظاهرة انما تترك أثر الدوام والاستمرار وتحدث تعرضاً مادياً قائما فهو يعطل الانتفاع بملكية العلو . ولا يمكن تشبيه هذه المظاهر المادية الدائمة بمرور طيارة أو بالون فوق أرض المالك وهي تخترق الجزء من السماء المطل على أرضه . ويعلل الشارحون الفرنسيون ذلك بقولهم بأن المادة ٥٥٢ مدني فرنسي انما وردت بالباب الخاص بالحق المقرر للمالك على ما يتبع ملكه مما اتصل به أو أدمج فيه [5] أي أنها ليست خاصة بالحق الاصلي في ذاته المنصب على الارض بالذات أو الشيء بالذات بل هي متعلقة بملحقاته [6] وعلى ذلك لا تسري هذه المادة الا على الجزء فقط الذي يلمس العقار حقيقـة [7] ولكن يجب أن يلاحظ أن القضاء الفرنسي

---

(١) Cables ou fils (٢) د ، ١٩١٠ ، ٢ ، ٣٣٦

(٣) كولين وكابتان ص ٧٢٢ (٤) Colonne d'air

(٥) س ، ١٩٠١ ، ١ ، ٢١٧ ومقال Naquet (٦) Accessoires

(٧) كولين وكابتان ص ٧٢٠

قرر بأن الصياد اذا أطلق بندقيته ، وهو فى أرض أبيح له فيها حق الصيد ، على طير يطير فوق أرض الغير فأصابه ، اعتبر أنه ارتكب جريمة الصيد[1]، وانه اعتدى على ملكية الغير . أى أن ملكية الجار لا تقف فقط عند سطح الارض بل وتسرى أيضاً على ما علاها من جو سماوى [2]

ولأجل التوفيق بين هذا القضاء وما تقرر فيه يجب أن يقال بشأن المالك للارض بأنه لا يجوز له أن يملك من حيث العلو الا القدر الذى يلامس أرضه مباشرة ، لأن هذا القدر الملامس لأرضه هو الجزء الذى يستطيع الانتفاع به حقيقة وفى الواقع لمناسبة الانتفاع بأرضه

**القانون السويسرى والالمانى** : هذا وقرر القانون السويسرى بالمادة ٦٦٧ ما يأتى : « تشمل ملكية الارض علوها وسفلها بالقدر اللازم من الارتفاع[3] والعمق[4] اللازمين لاستغلال الارض » وبهذا المعنى أيضاً القانون الالمانى بالمادة ٨٠٥ منه حيث قرر ما يأتى « حق المالك للارض يشمل العلو والسفل . ولا يجوز للمالك التعرض للاعمال التى تحصل بقدر خاص من العلو أو الانخفاض ومنع حصولها ما دام أنه ليس له مصلحة ظاهرة من هذا التعرض والمنع » . وقررت الماده ٦٨١ من القانون السويسرى ما يأتى : « يجب على مالك الارض أن يسمح بانشاء المجارى[5] والمصارف[6] ووضع مواسير الغاز وغير ذلك بأرضه . وكذلك يجب عليه أن لا يتعرض لانشاء الممرات الهوائية والسفلية تحت الارض[7] على شرط أن يدفع له تعويض كامل ومقدماً نظير ما يتحمله من الاضرار . ولا يلزم المالك بترك الغير يجرى هذه الاعمال الا اذا تبينت استحالة اجرائها بكيفية أخرى وبمصاريف عظيمة »

**١١٣ — التشريع المصرى** : قلنا انه ولو لم يوجد نص بالقانون المصرى

---

(١) Délit de chasse (٢) د ، ٩٦ ، ٢ ، ٤٦٤ — س ، ٩٦ ، ٢ ، ١٢٩
(٣) Hauteur (٤) Profondeur (٥) Aqueducs
(٦) Drains (٧) Conduites souterraines

ـكى النص ٥٥٢ الفرنسى الا أنه يجب الاخذ به لانه يستحيل أن نفهم ملكية
ا. رض الا اذا كان المالك يتمتع بما يتصل بهـذه الارض مما يسهل معه الانتفاع
لارض. فاذا اعتوره عائق فى العلو فحال بينه وبين الانتفاع بالبناء تعطلت الملكية
ـيه . وكذلك الحال فى السفل . على أن الشريعة الاسلامية قررت بما قررته المادة
٥٥' الفرنسية حيث قررت المادة ١١٩٤ من المجلة ما يأتى : «كل من ملك محلا
ـار مالكا ما فوقه وما تحته أيضاً . يعنى يتصرف فى العرصة التى هى ملكه بالبناء
العـلو به كما يشاء وسائر التصرفات كحفر أرضها واتخاذه مخزناً وينشئها كما يشاء
ممقـاً وجعلها بئراً » (١) . أما ما قرره القضـاء الفرنسى والقانونان السويسرى
ـالالمانى فانه لم يخرج عما توحى به طبيعة العمران فى الوقت الحاضر وتطوراته مع
ـقى المدنية . ولذا يجب أن يؤخذ به فى القانون المصرى لانه لا يتعارض مع المادة
١١٩٤ من المجلة ولا مع تعريف الملكية . ومن المعقول أن تحد الملكية بما تقف
عنـده حاجة المالك وانتفاعه بملكه . وما خرج عن حدود المنفعة الخاصة به فلا
يملكه هو خاصة بل يصبح وقفاً على الجميع للمصلحة العامة كالطيران فى الجو بعيداً
عن المنطقة الهوائية للارض المملوكة والبناء تحت الارض بما لا يضر مالك الارض
فى شيء ما . على أنه اذا أصابه ضرر وجب تعويضه

## ٢ — فى قيود الملكية من جهة العمق

**١١٤** — يتعلق ذلك بالمناجم (٢) ولا نرى محلا للتكلم فيهـا حيث لا قانون
بمصر يتعلق بالمناجم خلاف ذلك القانون العثمانى القديم الصادر فى ٤ محرم سنة
١٢٨٤ ( ١٦ ابريل سنة ١٨٦٩ ) والذى يقال بأنه معمول به فى مصر (أنظر هذا
القانون بقاموس الادارة والقضاء تأليف جلاد بك ج ٣ ص ٦٣٥ (٣)

---

(١) الجزء الثانى من المجلة من وضع سليم بك رستم ص ٥٨ بيروت سنة ١٨٨٩
(٢) Mines (٣) وبالنسبة للتشريع الخاص بالمناجم بفرنسا انظر كولين وكابيتان
ج ١ ص ٧٢٣

## ٣) في ملكية ما يتبع الشيء

١١٥ — الالتصاق[١] على نوعين طبيعي وصناعي أي بفعل الانسان وقد أورد القانون المصري النوعين في فصل واحد (المواد ٦٠/ ٨٤ — ٦٧/ ٩٢) وسمى الفصل « في اضافة الملحقات للملك » [٢] وهو الالتصاق

ولقد سبق لنا أن رأينا أن الشارع وضع بالمادة ١١ / ٢٧ مدني بالفقرة الاولى تعريفاً للملكية يضارع التعريف الفرنسي الموضوع بالمادة ٥٤٤ فرنسي . ثم قرر الشارع المصري بالمادة ١١ / ٢٨ المذكورة فقرة ثانية ما يأتي « . . . . ويكون بها للمالك الحق في جميع ثمرات ما يملكه[٣] سواء كانت طبيعية [٤] أو عارضية [٥] وفي كافة ما هو تابع له[٦] » أي أن المالك يملك ثمرات ملكه على اختلاف أنواعه طبيعية كانت أو عارضية . ويملك أيضاً ما هو تابع له . ونقصر القول على تابع الملك ونعقبه بثمرات الملك

ومالك الشيء يتملك تابع الملك سواء كان هذا التابع تابعاً بالطبيعة أي تابعاً طبيعياً أو تابعاً بفعل الانسان أي تابعاً صناعياً كما أفصحت بذلك المادة ٥٤٦ فرنسي حيث قررت ما يأتي : « تتمشى ملكية الشيء منقولا كان أو عقاراً على كل ما ينتجه وعلى كل ما يتصل به اتصالا تبعيـاً [٧] سواء كان ذلك طبيعياً [٨] أو صناعيـاً [٩] » أي أن حق الملك يتبعه أيضاً حق الالتصاق[١٠] ويرى كولين وكابتان [١١] ان المعنى الصحيح للمادة ٥٤٦ فرنسي هو تقرير قرينة [١٢] ملكية التـابع للعقار المتبوع فيما اذا كان التابع لازماً لاستعمال العقار [١٣] . ويؤيدان رأيهما بما قرره القضاء الفرنسي فيما يتعلق بشواطئ المستنقعات وملكيتها لمالك

---

(١) Accession (٢) Accession (٣) Produits (٤) Natureles

(٥) Accidentels (٦) Tous les acecssoires

(٧) S'y unit accessoirement (٨) Soit naturellement

(٩) Artificillement (١٠) Droit d'accession

(١١) ج ١ ص ٧٢٧ (١٢) Présomption (١٣) Obligé

ستنقعات ( المادة ٥٥٨ فرنسى ) وفيما يتعلق بالقناة الموصلة للميـاه للمصنع ملـكيتها لمالك المصنع

أما فيما يتعلق بنظرية الالتصاق سواء كان طبيعيـاً أو بفعل الانسان فاننا جيء القول فيه الى أسباب التملك

## ٤ ) فى ملـكية محصولات الشيء وثماره

١١٦ — رأينا أن الفقرة الثانيـة للمادة ١١ / ٢٨ مدنى و ٥٤٦ فرنسى ول : « ويكون بها للمالك الحق فى جميع ثمرات ما يملـكه سواء كانت طبيعية عارضـية وفى كافة ما هو تابع » وهنالك تفرقة قديمة معروفة بين الثمرات أو ثمار [1] والمحصولات أو الحاصلات[2] . فالثمرة هى ما ينتجه الشيء دوريا أى أوقات معينة دون نقص أو زيادة محسوسين فى مادة الشيء المنتج . وتنقسم ثمرات هى الاخرى الى ثمرات طبيعية [3] والى ثمرات صناعيـة [4] والى ثمرات مدنية [5] ( المادة ٥٤٧ فرنسى . وهى تعبر تقريباً عما عبرت به المادة المصرية ١ / ٢٧ مدنى فقرة ثانية )

والثمرات الطبيعيـة هى ما نتجت من الشيء من نفسه دون الحاجة الى عمل لانسان كنتاج الحيوانات [6]

والثمار الصناعية هى ما نتجت من الشيء بواسـطة عمل الانسان كالحبوب الخضارات والقطن . على أنه لا توجد فائدة من وراء هـذا التقسيم الى طبيعى صناعى . وتجرى العادة على اعتبارها نوعا واحداً يسمى بالثمرات الطبيعية حتى كون مقابلا للثمرات المدنية

وأما الثمرات المدنيـة فهى المبالغ من النقود التى لا تنتج من الشيء مباشرة

---

(١) Fruits (٢) Produits (٣) Fruits naturels

(٤) Fruits industriels (٥) Fruits civils

(٦) Croit des animaux

بل تنتج من محصولات الشيء لأن الغير يلتزم بها في مقابل انتفاعه بالشيء الذي سلمه المالك اليه . وهذه الثمرات المدنية هي ايجارات الاراضي والمنازل والجعل الذي يدفعه المنتفع بالمنجم لمالكه وفوائد المبالغ المقترضة

هـذا هو ما يتعلق بالثمرة أو الثمار . أما الحاصلات [١] فهو ما يتحصل عليه المستغل للشيء في غير مواعيد معينـة ويترتب على تحصيله نقص في مادة الشيء كالاحجار المستخرجة من المحاجر وفوائد المرتبات الحيوية [٢] اذ تعتبر حاصلات لا ثماراً

وسنرى عند ما نتكلم على حق الا نتفاع [٣] فائدة هذا التقسيم الاخير حيث نرى أن هناك أشياء تعتبر تارة ثماراً وطوراً حاصلات طبقـا للظروف مثل أخشاب الغابات [٣]

و ليس لهذا التقسيم أهمية ما بالنسبة للمالك اذهو يملك بلا تمييز الثمار والحاصلات

## ٤) في ملـكية المياه واستعمالها

١١٧ — نرى من اللازم بعد أن تكلمنا على نظرية التابع للشيء [٥] وعلى حاصلاته [٦] أن نتكلم هنا على نظرية نظام المياه [٧] . وأهم ما في هذه النظرية هو معرفة ما هو ذلك المقدار من المياه الذي يمكن اعتبـاره تابعاً للارض أو محصولا لها ، أي المقدار الذي يصح أن يكون محلا لتملك الافراد . ويجب معرفته أيضا ، على عكس ما تقدم ، الاحوال التي تعتبر فيها المياه مالا مباحا [٨] أي مالا يتملـكه أول مستول عليه ، أو مالا عاماً [٩] بمعنى أنه يجوز لـكل فرد الانتفاع به باعتبار أنه وقف على الجميع وعلى ذلك لا يجوز للافراد أن يتملـكوه في مجموعه

(١) Produits (٢) Arrérages d'une rente viagère
(٣) Usufruit (٤) Coupes des bois (٥) Accessoire
(٦) Produit (٧) Régime des eaux
(٨) Res nulluis (٩) Res communis

أما نظرية نظام الميـاه فهي تتصل بالقانون المدني والاداري معاً . واتصالها بالقانون الاداري انما يرجع الى كيفية تنظيم هذه المياه والمحافظة عليهـا بالترع والجسور والسـدود[١] ، ثم توزيعها بطرق الري المعروفة [٢] . ذلك بأن تضع لوائح عدة في هذه الشؤون المختلفة وهذا عمل اداري يتعلق بالادارة مباشرة [٣] ويجب على المحاكم أن تحترم هذه اللوائح ( المادة ٦٤٥ مدني فرنسي ) باعتبارها اعمالا تشريعية أي قوانين . وأن تحترم أيضاً قرارات الحكومة فيما يتعلق بتوزيع الميـاه بنظام الري المعروف في القطر المصري . وذلك باعتبار أن هذه القرارات أعمالا ادارية[٤] لا يجوز للمحاكم ايقاف تنفيذها أو تأويلها تأويلا يخالف ما أرادته الادارة منها . انما اذا خالفت الحكومة لوائحها باعتبارها أعمالا تشريعية أي قوانين أو خالفت قراراتها الخاصة بالري وتسببت لاصحاب الاطيان أضرار من ذلك بما يمس الحقوق المكتسبة [٥] والتي تقررت لهم لمجرد صدور اللوائح والقرارات ، جاز الزام الحكومة بتعويض طبقـاً لنص المادة ١٥ / ١١ من لائحتي انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة [٦]

١١٨ — هذا من جهة القانون الاداري . وأما من وجهة القانون المدني فان نظام المياه وكيفية الانتفاع بها يمس كثيراً وفي أحوال عديدة ، وعلى الاخص بمصر لما هي معروفة به من نظام الري الخاص بها ، يمس الملكية الفردية ، ذلك لأنه لابد في هذه الاحوال من الرجوع الى القانون المدني للفصل فيما يختلف فيه الافراد مع بعضهم البعض أو مع الحكومة فيما يتعلق بالشؤون المختلفة للمياه من توزيع وانتفاع وتفرقة بين ترعة عامة أو ترعة خاصة أي مسقى . هذا وقد لاحظ الشارع ان مهمة المحاكم المدنية في هذه الاحوال ، وعلى الاخص فيما يتعلق بكيفية الانتفاع بالمياه

---

(١) Barrages (٢) Irrigation (٣) كولين وكابتان ص ٧٤٠
(٤) Actes administratifs (٥) Droits acquis
(٦) ج ع ١ ص ١٦٥ ن ٢٠٦١

وتمكن ملاك الاراضى من رى أراضيهم البعيدة عن النيل أو عن الترع العامة التى تقوم الحكومة برعايتها والعناية بها من صرف وتطهير وتقوية جسور وغير ذلك ، انما هى مهمة تنصرف الى التوفيق بين مصالح متعارضة [1] وتقرير أخف الضررين ، أى مهمة ترجع للعدالة البحت [2] وتقول فى ذلك المادة ٣٣ / ٥٤ مدنى و ٦٤٥ و ٦٤١ فرنسى عند التكلم على حق المالك البعيد فى طلب مسقى تمر بأطيان جاره « . . . . بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر » . والقاضى مأذون من الشارع هنا بتضحية بعض الحقوق المتصلة بحق الملكية . وذلك فى منفعة المزارعين واتساع الأراضى الزراعية وترويج الزراعة . وهذا يدل على أن التمتع بالملكية تمتعاً مطلقاً بالكيفية الواردة بالمادة ١١ / ٢٧ مدنى و ٥٤٤ فرنسى لم يكن المقصود منه الاطلاق الذى لاحد له فى الانتفاع بل الانتفاع المقيد بالمصلحة العامة [3] حتى ولو لم يرد بالنص المصرى العبارة الاخيرة الواردة بالمادة ٥٤٤ فرنسى القائلة بأن الانتفاع بالعقار مطلق بكيفية لاتخالف اللوائح والقوانين [4] كما بينا ذلك فى مكانه عند ما تكلمنا على تاريخ الملكية المصرية والفرنسية . هذا ويجب ملاحظة أن سلطان القاضى فى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين والجنوح نحو جانب المصلحة الزراعية انما يكون حيث لا يوجد تعاقد بين الملاك . أما اذا وجد التعاقد بينهم من طريق الاتفاق على حالة معينة فيما لا يمس طبعاً المصلحة العامة فهو نافذ بحكم ارادتهم فيما اتفقوا عليه

ولقد سبق أن رأينا أن الشارع المصرى اعتبر بالمادة ٩ / ٢٥ مدنى و ٥٣٨ فرنسى الانهر والنهيرات التى تمكن الملاحة فيها [5] من الاملاك العامة أى التى لايجوز تملكها بمضى المدة ولا يجوز التصرف فيها [6] على أنه لا يوجد بالقطر المصرى الا نهر واحد وهو النيل ولم توجد به نهيرات أيضاً . وأما اذا كانت

---

(١) Pouvoir modérateur (٢) Pure équité

(٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٢٩ (٤) دى هاس ج ٤ ص ٢٢٧ ن ٩٦

(٥) Navigable أو Flottables

(٦) كولين وكابتان ص ٧٣٦ فى آخر الصفحة

لمياه تجرى فى الانهر والنهيرات دون أن تكون قابلة للملاحة فقد أفرد لها الشارع لفرنسى نصوصاً خاصة ( المواد ٦٤١ — ٦٤٥ ) لامثيل لها بالقانون المصرى مع نها تقرر فى كثير منها قواعد عامة

ويلاحظ بعض المؤلفين فى الوقت الحاضر أنه لا محل لوضع النصوص الخاصة بنظام المياه بباب حقوق الارتفاق كما فعل القانون الفرنسى ، والقانون المصرى لمختلط والأهلى ( ٣١ / ٤٢ — ٣٣ ٥٤ مدنى ) بل كان الواجب وضع هذه لنصوص فى باب الملكية لأنها لم تخرج عن كونها تقييداً للملكية وتحديداً لحدودها

هذا ويهتم كل بلد زراعى بالعناية بتنظيم أمور مياهه . وقد حاولت فرنسا وضع قانون عام بشأن تنظيم مياهها فلم تفلح فى ذلك الا فى ١٨ أبريل سنة ١٨٩٨ وأخذ عليه الشارحون عيوبا كثيرة (١) واما فى مصر فقد اهتم الشارع المصرى وضع لائحة الترع والجسور فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ ثم عدلها تعديلا هاما وأنشأ لائحة اخرى جديدة سماها بلائحة الترع والمساقى وأصدرها فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ وجمع فيها كل ما يتعلق بنظام المياه من الوجهة الخاصة والعامة وألغى ما تقدمها من النظم الاخرى وبلغت موادها ٤٢ وهى على جانب عظيم من الاهمية من الوجهة العملية زراعية كانت او قضائية (٢)

---

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٣٠

(٢) والقانون الفرنسى الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٨ اختص بوضع المبادىء العامة المتعلقة بمياه الامطار Eaux pluviales ومياه المنابع Eaux de source والقيود الخاصة بملكية صاحب المنبع . كولين وكابتان ج ١ ص ٧٣٠ — ٧٣٥ ولا نرى هنا ضرورة ماسة الى التكلم عنها لعدم أهميتها بمصر لقلة الامطار والمنابع بها . وكذلك أيضاً ما يتعلق بالانهر والنهيرات التى لا تقبل الملاحة وحقوق المالكين لشواطئها عليها . كولين وكابتان ص ٧٣٧ — ٧٤٠ حيث لا أثر لها بمصر لعدم وجود نهر أو نهيرات بهذا الوصف

ولا محل هنا أيضاً أن نتكلم على ما يسمى بالفحم الحجرى الابيض Houille blanche وهى القوة العظيمة جداً الخاصة بالشلالات . نعم ولو أنه توجد بمصر هذه القوة بجهة الشلالات قبلى أسوان الا أن هذه القوة تعتبر من الاملاك العامة لانها خاصة بنهر النيل ولم يوجد بمصر تشريع خاص فى كيفية الانتفاع بهذه القوة الفحمية الحجرية البيضاء . وقد انقسم الشارحون بفرنسا الى قسمين فيما يتعلق بحقوق الافراد على هذه القوة الناشئة من الشلالات . فقال البعض بأنها ملك

هذا ولما كان للائحة الترع والمساقى الصادرة فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ أهمية ظاهرة بمصر فيما يتعلق بالملكية الفردية والملكية العامة ، وان لذلك علاقة ظاهرة أيضاً بالمصلحة العامة باعتبار أن البلاد زراعية بأصلها وطبيعتها ، لا نرى بدأ من الالمام هنا بأمهات مسائل هذه اللائحة ، وعرض المسائل الخلافية التى قام النزاع بشأنها أمام القضاء المختلط أولا والاهلى ثانياً ، ومع بيان الآثار القانونية لهذه اللائحة على القانون المدنى وفيما اذا كانت قد تأثرت المواد ٣٢/٥٣ و ٣٣/٥٤ مدنى بهذه اللائحة أم لا ، مع ايضاح وجهة النظر فى الخلاف القائم فى المسائل الخلافية

ونرى قبل عرض الاصول العامة التى قررتها هذه اللائحة أن نحيط أولا بما قرره القانون المدنى المختلط سنة ١٨٧٥ والقانون المدنى الاهلى سنة ١٨٨٣ وبالتعديلات التشريعية التى طرأت على القانون المختلط دون الاهلى

## ١ — حق الانتفاع بالمياه

### والقانون المختلط

**١١٩** — لنظام الرى بمصر شأن ظاهر فى تقدير الملكية العقارية الزراعية ونماء الثروة العامة . وكان الرى الشغل الشاغل لمحمد على منشىء القناطر الخيرية . واهتمت بعده الحكومة فأنشأت خزان أسوان وخزان أسيوط واسنا والزقازيق واستعاضت نظام الرى بطريقة الاحواض[١] بنظام الرى الدائم[٢] وهو النظام

---

للمجاورين للنهر استناداً الى المادة ٦٤٤ . وقال البعض الاخر بأنها ملك عام chose commune يشترك فى الانتفاع به جميع الافراد . كواين وكابتان ص ٧٤١ — ٧٤٢ وقد حاولت الحكومة الفرنسية وضع قانون لهذه فلم تفلح الان . وقد وضع بعض القانونيين مشروعاً عرفياً لهذا القانون أيضاً . ولم يتم شىء رسمى من ذلك للان . على أن هناك شركات قد استخدمت هذه القوة فى أعمال صناعية باعتبار أنها قوة يجوز للافراد تملكها ، أى أخذاً بالرأى الثانى . كواين وكابتان ص ٧٤١ — ٧٤٣

(١) Système des bassins أو Système de l'inondation

(٢) Système de l'irrigation permanente أو Sys. a l'irrugation pérenne

لعروف بنظام المناوبات[1] واهتمت الحكومة أيضاً بالاستمرار فى اصدار أوامر
الية تضمن حفظ مياه النيل وكيفية توزيعها على المالكين للاراضى الزراعيـة
طريقة فنيـة وعادلة ، وأنشأت ترعاً عمومية لتحمل الميـاه الى أراضى الملاك
رتصرف عليهـا من مال الميرى . كما أنها أباحت للافراد عمل مساق خصوصية فى
راضيهم لينتفعوا بها خاصة ويصرفوا عليها من أموالهم ( راجع الاوامر العالية :
٢٥ يناير سنة ١٨٨١ و١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ و٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ )

وكان النيل ومياهه معتبراً دائماً فى عداد الاملاك العامة بدليل أن الحكومة
فى كل آن هى التى تتولى توزيع المياه على الافراد بطريقة عادلة بحيث أن لا يحرم
المالك من رى أرضه بينما يروى المالك الآخر أرضه ، وأن تكون المياه الموزعة
على الملاك بنسبة ما يملكونه من الاراضى

وجاء الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ ووضع المادة ٥٢ مدنى بحيث تضمن هذه
القاعدة العامة . الا أن الشارع لاحظ بأنه لابد من حيث تقرير الحق فى المياه أن
تراعى القوانين الخاصة والتى تضعها الحكومة بشأن المصلحة العامة فى توزيع المياه
وأوقات التوزيع والمقادير الموزعة طبقاً للظروف ومقدار الفيضان ان كان غزيراً
أو غير غزير . لذا قررت المادة ٥٢ المذكورة ما يأتى : « حق استعمال مياه الترع
التى أنشأتها الحكومة [2] أوجمعية [3] يكون بقدر وبنسبة الاراضى المقتضى ريها
مع مراعاة ما يقتضيه القانون المتعلق بالجمعيات المعينة من الاهالى لهذا الغرض» [4]

---

(راجع فى ذلك كتاباً وضعه الاستاذ Arminjon سنة ١٩١١ ، الذى كان مدرساً بمدرسة الحقوق، بعنوان La situation économique et financière de l'Egypte — Le Soudan Egyptien ص ٦٤ — ١٠٢ )

(١) Rotation (٢) Etat (٣) Corporation

(٤) Syndicats ( ويظهر أن المراد بالجمعيات بهـذه المادة اتفاق بعض الافراد على انشاء ترع عامة بعد أخذ تصريح من الحكومة بذلك على شرط أن تكون الترعة عامة ينتفع بها الاهالى بلا استثنـاء . أى فى حالة ما اذا قام الافراد أنفسهم بما تقوم به عادة الحكومة فى انشاء الترع العامة — راجع قانون المجلس الزراعى Conseil d'agriculture . وراجع بهذا المعنى المادة ٤٣ من مرشد الحيران اذ تقرر ما يأتى : « حق استعمال مياه الترع العمومية وتوزيعها يكون بقدر الاراضى المقتضى ريها مع مراعاة عدم الضرر بالعامة »

**١١٩ مكرراً** — ويرى القضاء المختلط أن توزيع المياه أمر يتعلق بالقانون الادارى أكثر من تعلقه بالقانون المدنى . ولكنه يقول بأن الشارع المصرى قد أراد بالمادة ٥٢ مدنى أن يصبغ هذا الحق بصبغة مدنية ظاهرة مع ضرورة رعاية حق الحكومة فى تعديل توزيع المياه بلوائحها وقراراتها . وفوق ذلك قرر القضاء المختلط بان الشارع المصرى فى وضعه للمادة ٥٢ بالباب المعقود لحقوق الارتفاق من أن للافراد الحق فى أخذ الميـاه اللازمة لهم لرى أراضيهم من الترع المنشأة بمعرفة الحكومة ، قرر بأن الشارع قد أراد أن يجعل الترعة العمومية قابلة لان تكون محملة بحق ارتفاق للغير ، باعتبار أن هـذا الحق الارتفاقى لا يتعارض مع ما انشئت له الترعة من أن تكون للمنفعة العامة . وانه بناء على ذلك اذا جاءت الحكومة وقررت ابطال هذا الحق الارتفاقى فانها تكون ملزمة بدفع تعويض لصاحب الارض التى كانت متمتعة بحق الارتفـاق [1] وقد تأيد هذا القضاء بالفقه المصرى[2]

ثم قررت المادة ٥٣ مدنى مختلط ما يأتى : « من انشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع بمائها دون غيره أو بيعه » . ( أى بيع الماء ) [3]

وهاتان المادتان انما تقران حالة سابقة مقررة قبل ظهور القانون المختلط فى أن الترعة العامة ملك عام لجميع الافراد بلا استثناء وان الترعة الخاصـة ملك خاص لصاحبها لا يزاحمه فيها مزاحم . وان توزيع المياه يكون بنسبة ما يملكه كل مالك فى حاجة الى رى أرضه . وهذه المبادئ العامة منطبقة على روح العدالة

**١٢٠** — ولكن لما كان قد يحصل أن تكون الارض المطلوب ريها بعيـدة عن النيل أو عن ترعة عمومية ويستحيل ريها وجب أن يتدخل الشارع

(١) Fonds dominant : استئناف م ٢٨ مارس سنة ٩٠٠ م ت ق ، ١٢ ، ١٨٥
(٢) دى هلس ج ٤ ص ٢٣٦ ن ١١٧
(٣) راجع المادة ١٢ من مرشد الحيران . « من أنشأ ترعة من ماله لسقى أرضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء . وليس لغيره أن يسقى منهـا أرضه الا باذن المنشىء . وللغير أن يشرب منها ويسقى دابته »

، الامر ويعمل على أن تتمكن الارض هذه من الرى وقرر بأنه يلزم
لجار الفاصل للارض عن الماء بأن يبيح لصاحب الارض بعمل مسقى بأرض
ذا الجار لسحب المياه بواسطتها من النيل أو الترعة العامة لاجل توصيلها
ارض البعيدة على شرط دفع تعويض لصاحب الارض القريبة . وعند الخلاف
، تقرير المسقى وكيفية سيرها وقيمة التعويض يرجع للمحاكم فى ذلك . وعلى هذا
ر الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ بالمادة ٥٤ مدنى ما يأتى : « يجب على كل صاحب
ض أن يجعل ممراً فى أرضه (١) للمياه اللازمة (٢) لرى الاراضى البعيدة عن
أخذ المياه (٣) فى نظير تعويض (٤) يعطى اليه مقدماً (٥) بعد تقديره بمعرفة
حاكم . وعند التنازع يحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم
ن العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر — وليس لصاحب الارض
ى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه (٦) على أن يقبلوا
ياههم بأراضيهم » (٧)

وحق ممر المياه يسمى بحق المجرى أو بحق الشرب وحق تصريفها يسمى بحق
سيل (٨) فاذا اتفق الجاران على الممر أصبح عقدهما قانونهما . واذا اختلفا فالامر
قضاء . وينصح الشارع للقاضى أن يأخذ بأخف الضرر الممكن . ولا يفوتنا أن
شير الى ما سبق أن قررناه بأن الشارع لاحظ هنا ضرورة تفضيل المصلحة العامة
ن المصلحة الخاصة بأن أباح تحمل الفرد ، وهو الجار القريب للمياه ، بأقل الأضرار
ممكنة . وليس ذلك فى الحقيقة لمصلحة المالك البعيد ، بل للمصلحة العامة ،
لاجل توسيع نطاق الاراضى المزروعة بما ينتج عنه رواج الزراعة ونماء الثروة

(١) Passage (٢) Nécessaire (٣) Prise d'eau
(٤) Indemnité (٥) Préalable (٦) Fonds inférieurs

(٧) وتقول المادة ٤٤ من مرشد الحيران . « ليس لصاحب الارض التى تسقى بالآلات أو
ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه على تصريف مياهه فى أراضيهم ان لم يكن له حق
سيل فيها »

(٨) Droit d'ecoulement — شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٦٠ — ٦١

العامة . ومهمة القاضى هنا ترمى الى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين . وحجر الزاوية فيهما هو المصلحة العــامة . وللقاضى أن يستعين فى هــذه الحالة بالخبراء الزراعيين والمهندسين الفنيين فى تقرير الممر وتقديره

ولما كان حق المجرى حق عينى خاص بالافراد يحصل تملكه بالرضاء أو بالقضاء فهو كذلك يحصل تملكه بالزمن والتقادم . فاذا ظل المنتفع بالشرب مدة ١٥ سنة ينتفع انتفاعاً ظاهراً أصبح مالــكا لحقه . هذا ووجب منع الجار من التعرض له[١]

ولما جاء دور هذه المادة فى عالم التطبيق العملى أى عالم القضــاء حام الخلاف حولها فى موضعين : فيما يتعلق بالمياه اللازمة وفيما يتعلق بالصرف :

**١٢١ — أولا : فيما يتعلق بالمياه اللازمة** : ليس من الضرورى أن يفهم من المياه اللازمة أن تكون الارض البعيدة محرومة من الرى حرماناً كاملا ، بل يكفى لتقرير الممر أن يكون ريها بغير الممر المطلوب انشاؤه رياً رديئاً ضاراً بالارض بحيث لاتستطيع معه أن تأتى بالغلة الطبيعية لها[٢] كذلك يجب تقرير الممر حتى ولو تبين أنه يمكن رى الارض بطريقة أخرى اذا ظهر بأن الممر هو الاصلح للارض البعــيدة . وعلى كل حال يجب تفسير المادة تفسيراً بتوسع يتفق مع المصلحة الزراعية[٣]

أما من حيث التقدير فيراعى قيمــة الارض التى استخدمت للقناة وقيمة التلف الناشىء من وجودها بأرض الجار[٤] ويجب على مالكها وهو مالك الارض

---

(١) راجع أيضاً المادة ٥١ من مرشد الحيران : « من كان له مجرى أو سياق ماء جار بحق قديم فى ملك شخص آخر فليس لصاحبه منعه » (٢) دى هلس ج ٤ ص ٢٢٤ ن ١٠٩

(٣) ج ع ١ ص ٣٣٨ ن ٤٣٤٤ و ٤٣٤٦ — عياشى ص ٤٩ ن ٢٢٠ — قارن مع ذلك ج ع ٣ ص٥٦٨ ، ن٥٩٤٦ اذ قرر هذا الحــكم فيما يتعلق بصرف المياه Drainage — وسنتكلم على الصرف فيما بعد — انه لاجل طلب ممر لصرف المياه بالمصرف العام أن تكون هنــاك ضرورة ماسة مطلقــة nécessité absolue لا مجرد تسهيل الصرف على الارض البعيدة simple commodité (٤) ج ع ١ ن ٤٣٤٦.

بعيدة عن مأخذ المياه تعهدها بالاصلاح والتطهير لانه هو المنتفع بها وحده
لا يشاركه أحد فيها أخذاً بالمادة ٥٣ مدنى[1] وله اتلافها اذا تبين له أنها تحدث
رشحاً ضاراً بالاراضى وليس للغير حق الاحتجاج عليه اذا كانوا منتفعين بالمسقى
عن طريق تسامحه معهم[2] ويجب على من وجدت بأرضه المسقى أن لا يعمل على
تعطيل الانتفاع بها لدى المالك والا جاز لهذا الاخير استخدام دعاوى وضع اليد
ودعاوى الملكية فى حماية حقه من كل عدوان ويصح أن يعتبر العدوان فى بعض
الاحوال جنائياً يعاقب عليه القانون زيادة عن المسئولية المدنية ( المادة ٣١٦ /
٣٢٠ عقوبات ) والتعويض دين فى ذمة المدين يسقط كما تسقط الديون بمضى المدة
اذا ظل صاحب الدين ١٥ سنة دون أن يطالب به سقط حقه[3]

وتقول المادة ٥٤ ممراً للمياه أى مسقى . وعلى ذلك لا يباح انشاء ساقية فى
أرض الجار القريب من مأخذ المياه اذا تبين بان صاحب الارض البعيدة يروى من
ترعة عامة حتى ولو كان الرى غير كاف لديه . ولكن اذا تبين ان صاحب الارض
البعيدة فى حاجة ماسة الى ايجاد شىء دائم كطلمبة رافعة[4] بالارض المنشأة بها
المسقى فيجاب الى طلبه لان الطلمبة الرافعة لا تعتبر حقاً ارتفاقياً جديداً متميزاً عن
حق ممار المسقى الموجودة من قبل فى حالة ما اذا كانت المياه مثلا منخفضة ولا بد
من جذبها بواسطة آلة رافعة وتركها تسير بالمسقى حتى تصل للارض المطلوب ريها[5]
ولا يلزم طالب الممر باحداث آبار ارتوازية بأرضه بدلا من طلب الممر بل يجاب الى
طلبه فى انشاء مسقى بأرض الجار[6] وليس للجار القريب من المياه أن يحتج بعدم
وجود تصريح من الحكومة باحداث آلات رافعة لجلب المياه بواسطة المسقى

(١) ج ع ٣ ص ٥٦٧ ن ٥٩٤٢ (٢) ج ع ٢ ص ١٧٨ ن ١٨٨٩
(٣) دى هلس ج ٤ ص ٢٣٥ ن ١١٣ ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٤٥
(٤) Pompe élévatoire (٥) ج ع ٣ ص ٥٦٧ ن ٥٩٤٤ — راجع مع ذلك
دى هلس ج ٤ ص ٢٣٣ ن ١٠٩ فقرة حيث يقول بأنه لاجل الاخذ بالمادة ٥٤ يجب أن يكون
أخذ المياه بطريقة adduction أى تحويل مجرى الماء بواسطة استعمال الآلات والطلمبات
البخارية pompes à vapeur (٦) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٤٨

المطلوب انشاؤها ، لان هذا التصريح هو من شأن الحكومة لا من شأن الفرد[1] واذا لم يتفق الطرفان على انشاء الممر ولم يلجآ عند الخلاف الى السلطة القضائية ، ثم جاء المالك البعيد خلسة وأجرى مسقى بأرض جاره القريب للماء فلا تقبل دعوى تثبيت ملكية هذا الاخير لارض المسقى اذا ظهر بأن هناك ضرورة حتمية لانشائها طبقاً للمادة ٥٤ ، على شرط الزام المنشىء بالتعويضات التى ترى المحكمة تقريرها [2]

هذا فيما يتعلق بالمساقى . وأما الخلاف الآخر فهو يتعلق بصرف المياه التى تتخلى عن الارض البعيدة عن المصرف العمومى

**١٢٢ — ثانيا صرف المياه أو حق المسيل** : ان صرف مياه الاراضى بالمصارف العمومية أصبح من المسائل الزراعية الهامة جداً حتى لا تتلف الارض برسوب المياه الراكدة بها فيؤثر ذلك على النمو المالى العام للبلد . لذلك عنى الشارع بأمر صرف المياه عنايته بأمر ممر مياه الرى

واذا نظرنا الى المادة ٥٤ فلا نجد فيها ذكراً لممر مياه الصرف بل عبارة المادة مقصورة على ممر المياه للرى . لذا لم يشأ القضاء المختلط الحد من الملكية ، أو بعبارة أخرى تقرير حق ارتفاق يتعلق بصرف المياه . ومن أجل ذلك تدخل الشارع المختلط فى الامر وتعدلت المادة ٥٤ مدنى ووضعت بحيث تشمل الممر لمياه الرى ولمياه الصرف . وصدر بالتعديل قانون ٨ أكتوبر سنة ٩١٢ رقم ٢٧ وأفرغت المادة فى القالب الآتى : « يجب على كل صاحب أرض أن يجعل فى أرضه ممراً للمياه اللازمة لرى الاراضى البعيدة عن مأخذ المياه وكذلك لمياه التصفية التى تصرف من الاراضى المجاورة لارضه فى أقرب مصرف عمومى فى نظير تعويض فى كلتا الحالتين يعطى له مقدماً بعد تقديره بمعرفة الحاكم . وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها

(١) ج ع ١ ص ١٦٥ ن ٢٠٦١ (٢) ج ع ٢ ص ٣٧٩ ن ٤٠٦١

ما يمكن من تخفيف الضرر — و بغير ذلك لا يكون لصاحب الارض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضيهم »[1]

وبنـاء على النص الجديد للمادة ٥٤ وعلى أسباب تشريعها الواردة بتقرير المستشار القضائى يرى أنه قد قرر حق الشرب وحق المسيل فى القانون المختلط وأصبح الحقان فى مستوى واحد من حيث كنه الحق وتقريره وكيفية العمل به . ويجب أن يلاحظ فى تقرير الحقين مراعاة الشروط التى تستفاد مما ذكرناه من شرح قضاء المحاكم المختلطة

وعلى كل حال لا يتقرر حق الشرب وحق المسيل الا اذا كانت المياه المطلوب أخذها بترعة عامة أو بالنيل ، وكان المصرف المطلوب الصرف فيـه مصرفا عاماً لا مصرفا خاصاً . والحكمة فى تقرير حق المسيل هى نفس شرعية حق الشرب أى رواج المصلحة الزراعيـة واعداد الارض لان تنتج انتاجها الطبيعى لها وبحيث أن تكون الأرض صاحبة حق المسيل فى حالة ضرورة مطلقة الى المسيل لا فى حالة مجرد تحسينها [2]

واذا كان حق المسيل قد تقرر بصدر المادة ٥٤ بعد تعديلها سنة ١٩١٢ فما هو اذن غرض الشارع من الفقرة الأخيرة لها وهى تلك الفقرة التى وجدت بالنص قبل تعديله ثم ظلت موجودة بعـد التعديل مع تغيير بسيط فى عبارتها والمعنى واحد ؟ تقول الفقرة الاخيرة بعد التعديل ما يأتى : « وبغير ذلك لا يكون

---

(١) وجاء فى أسباب تعديل هذه المادة فى تقرير المستشار القضائى لوزارة الحقانية عن سنة ٩١٢ « ص ٢٣ النسخة العربية » ما يأتى : « كانت المـادة ٥٤ من القانون المدنى المختلط قاصرة على الزام صاحب الارض بأن يجعل فى أرضـه ممرا للمياه اللازمة لرى الاراضى المجاورة دون مياه الصرف . فما كان الجار يستطيع انشاء مصرف خاص فى أرض جاره الا برضاء هـذا الاخير . وترتب على هذا النقص فى القانون المختلط ضرر بالغ للوطنيين الذين يملكون أرضاً بجوار أملاك للاجانب . ولذلك نص القـانون الجديد على الزام كل صاحب أرض بأن يجعل فى أرضه ممراً لميـاه التصفية التى تصرف من الاراضى المجاورة لارضه فى أقرب مصرف عمومى مقابل تعويض . وساغ لكثير من أصحاب الاراضى الوطنيين الانتفاع على وجه أتم بأعمال الصرف العظيمة التى تقوم بها الحكومة الآن فى الوجه البحرى » اه

(٢) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٤٦

لصاحب الارض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضيهم » وهذه الفقرة تشير حتما الى حق مسيل خلاف حق المسيل الذى تقرر بصدرها . والا لوكان الحقان واحداً فما كان الشارع فى حاجة الى تعديل المادة القديمة ما دامت هذه الفقرة موجودة بها من قبل

وحق المسيل هذا ، موجوداً كان بالنص القديم أو النص الحديث ، لايفيد أنه يتعلق بحق صرف المياه فى مصارف عمومية . لأن هذا الحق فى الصرف فى مصارف عمومية لم يتقرر الا سنة ١٩١٢ . ولا يفيد أيضاً أنه يتعلق بحق صرف المياه الناشئة عن الامطار أو المياه المنزلية ، اما بصرفها بأرضه أو بالطريق العام طبقاً للوائح العمومية وهو ذلك الحق المقرر بالمادة ٦٤ مدنى مختلط ( ٤٢ أهلى) على ذلك يتبين أن الحق المقرر بهذه الفقرة الاخيرة المادة ٥٤ ليس حق المسيل فى مصرف عام ولا حق مسيل الامطار والمياه المنزليـة فى الطريق العام أو فى المصرف العام . لأن مياه الامطار يجب صرفها فى المصرف العام ويجب على صاحب الارض الدنيا أن يترك مسيلا فى أرضه لصاحب الارض العليا حتى تسيل الميـاه المتكونة عنده من الأمطار وتصب فى المصرف العام أو الطريق العام . واذا كانت الفقرة المذكورة ليست خاصة بحق صرف المياه فى مصرف عام فانها لا بد أن تكون خاصة بصرف المياه فى أرض الجار ذاته وهذا هو ما تحظره الفقرة المذكورة أى انه يجب على صاحب الارض التى تكونت بأرضه مياه ( وهى غير مياه الامطار وغير المياه المنزلية ) ناشئة عن رى أرضه من ترع ( عمومية كانت أو خصوصية أو من النيل ) أو بواسطة آلات رافعة ، يجب عليه أن يحبس هذه المياه بأرضه وليس له من سبيل فى الزام جاره على تحمل ضرر المياه بأرضه هو ، أى بأرض الجار ، ما دام أن الضرر الناشئ عن حبسها واحد سـواء كانت المياه بالأرض العليا أم بالارض الدنيا ( اذ كان يجب عليـه أن لا يأخذ الا حد الكفاية ) لانه بعد تحويل المياه الى الارض الدنيا تصبح هذه الاخيرة فى حاجة الى تصريفها فلا تجد منفذاً لها فتقع فيما وقعت فيه الارض العليا فتسعى فى تصريفها فلا تجد منفذاً

لها . ولذا يجب ابقاء المياه بالارض التى تكونت بها لان الأولى أن يتحمل بأضرار المياه من استفاد منها

ولكن ما القول بشأن المياه التى تجاب لا لرى الارض بل لاصلاحها ان كانت ملحة فهل تسرى عليها الفقرة المذكورة أم لا بد من تحميل الجار بالضرر أيضاً ؟ الجواب واحدفى الحالتين لأن الضرر واحد فى الاثنين ولان طلب النفع لا يساوى طلب منع الضرر [1] وما على صاحب الارض المتضرر من ميـاهه الا أن يعمل جداول خاصة تقيه من أضرار الميـاه سواء كانت ناشئة عن زيادة فى الرى أو كانت معدة لاصلاح الارض ثم انحدرت عنها بعد الاصلاح ، أو كانت أخيراً ناشئة عن رشح

على أن هذه الفقرة قد أصبحت ولا فائدة كبرى من وجودها اذ عم انشاء المصارف العمومية بالبلاد . واصبحت كل أرض فى حل من طلب حق المسيل بالمصرف العام مهما كان نوع الماء المتخلف عنـدها سواء كان ماء مطر أو مياهاً منزلية أو ماء زائداً عن حاجة رى الارض أومنحدراً عنها بسبب اصلاح الارض وتنقيتها من الاملاح المركزة فيها

أما وقد انهينا الآن من حق الانتفاع بالمياه بالقانون المختلط فلننظر فى أمر تقرير هذا الحق بالقانون الاهلى

## ٢ — حق الانتفاع بالمياه
## والقانون الاهلى

**١٢٣** — جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ ونظر الى الاعتبارات التى كانت مقررة قبل وضع القانون المختلط سنة ١٨٧٥ والى ما حدث منها من سنة ١٨٧٥ الى سـنة ١٨٨٣ وعمل على نقل المادة ٥٢ مدنى مختلط بالمادة ٣١ أهلى ، وهى الخاصة بحق الافراد فى أخذ الميـاه اللازمة لرى أراضيهم بنسبة هذه الاراضى ،

(١) كما يقول بحق فتحى باشا زغلول ( ص ٦١ ثانى سطر )

بعد أن حذف منها ما يتعلق بانشاء الترع بواسطة جمعيات أو شركات حيث لا أهمية له . ووضعت المادة الاهلية بالنص الآتى : « حق استعمال مياه الترع التى أنشأتها الحكومة يكون بقدر ونسبة الاراضى المقتضى ريها مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والأوامر واللوائح المتعلقة بذلك »

ونقل الشارع الاهلى المادة ٥٣ مختلط ووضعها بالمادة ٣٢ أهلى بالكيفية الآتية : « من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه »

ثم نقل المادة ٤٤ مختلط وصاغها بالمادة ٣٣ أهلى أيضاً حرفاً بحرف بما يأتى : « يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممراً فى أرضه للمياه اللازمة لرى الاراضى البعيدة عن مأخذ المياه فى نظير تعويض يعطى له مقدماً بعد تقديره بمعرفة المحاكم وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر — وليس لصاحب الارض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الاراضى التى دونه على قبول مياه بأراضيهم »

وما قلناه بشأن هذه المادة فى القانون المختلط يسرى هنا لأن النص واحد ، ويجب أن تتمشى هنا المبادئ القانونية التى قررها القضاء المختلط سواء كان فيما يتعلق بحق الشرب أو بحق المسيل . ولكن فيما يتعلق بحق المسيل فانه تقرر تنظيم أمره وتقرير حاله بالامر العالى الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ بالمادة ١٦ (١)

(١) وقررت ما يأتى : « اذا أراد أحد أرباب الاطيان تصريف مياه أرضه drainer ses terres ودعت الحال الى احداث مصرف drain تمر مياهه فى أراضى الغير ولكنه لم يتمكن من التراضى معه à l'amiable على ذلك فيرفع شكواه réclamation الى المدير وهو يبلغها لمفتش الرى مرفقة برأيه وملحوظاته ان كان لديه ملحوظات عنها ليعين مفتش الرى الخط cours الذى يجب أن يسير فيه ذلك المصرف . فان تعذر الحصول على الارض لمرور المصرف فيتداول مفتش الرى مع المدير فى ذلك ثم يبلغ هذه المسئلة الى نظارة الاشغال العمومية . فاذا أقرت على انشائه فتتخذ التدابير اللازمة على نحو ما ذكر فى المادة العاشرة ( وهى المادة الخاصة بحق المجرى أو حق الشرب كما سيجئ ) وتكلف الطالب بالنفقة جميعها dépenses بحيث لا يضر ذلك المصرف بالاراضى التى يمر فيها ويكون رأى مفتش الرى فى هذا الخصوص حتمياً لا يقبل الاستئناف sans appel

ثم تعدلت هذه المادة بمقتضى الامر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بالمادة ١٥ منه بما يأتى : « اذا احتاج أحد أرباب الاراضى أن يحدث مصرفاً لتصريف مياه أرضه وكان المصرف يمر فى أراضى الغير فيمكنه اذا لم يتيسر له التراضى مع صاحب الشأن أن يرفع شكواه الى المدير وهو يبلغها لمفتش الرى مشفوعة برأيه وملحوظاته . والمفتش يعين حينئذ المجرى الذى يجب أن يسير فيه ذلك المصرف . فاذا تعذر الحصول على الارض اللازمة لمرور المصرف فيتشاور مفتش الرى مع المدير فى ذلك . ومع اتفاقهما يصير تبليغ المسألة الى نظارة الاشغال العمومية . فاذا أقرت على انشائه تتخذ التدابير اللازمة وتكون جميع النفقة والتعويض [1] على المنتفعين خاصة ويجب أن لا يحدث عن مرور المصرف أدنى ضرر للاراضى التى يمر فيها » [2]

هذا ولما كان للامر العالى الاخير الصادر سنة ١٨٩٤ شأن عظيم من الوجهة العامة والقانونية رأينا أن نفرد له هنا كلمة نرمى بها الى بيان الآثار القانونية لهذا الامر العالى وما ترتب على صدوره من المفعول القانونى على القانون المدنى المختلط والاهلى . وأما ما يتعلق بهذا الامر من المسائل الفنية الزراعية فلا شأن لنا

(١) Indemnité

(٢) هذا فيما يتعلق بحق المسيل أو المصرف بالنسبة للقانون الاهلى . أما فيما يتعلق بحق الشرب فانه تقرر كما قلنا كما ورد بالنص المختلط . الا أنه يلاحظ أيضاً بأن نظام هذا الحق قد تقرر بالمادة ١٠ من الامر العالى الاول الخاص بالترع والجسور الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ بأن يرفع صاحب الشأن شكواه الى المدير ليفحص المسئلة من الوجهة الفنية الزراعية مع مفتش الرى ونظارة الاشغال ، ثم يعرض الامر على لجنة لتقدير التعويض وهى مكونة طبقاً للمادة ٦ من المدير أو وكيله والباشمهندس واثنين من عمد المديرية ينتخب أحدهما صاحب الطلب والآخر ينتخبه خصمه . وقد تعدلت هذه المادة بالمادة التاسعة من الامر العالى الاخير الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ حيث جعلت اجراءات فحص الطلب وضرورة اخبار أصحاب الشأن بها فى مواجهة الجميع . وأجازت لمن صدر ضده القرار بتقرير المسقى فى أرضه أن يرفع استئنافاً عنه فى ظرف ١٥ يوماً الى نظارة الاشغال . أما التعويض فتقدره اللجنة المنوه عنها بالمادة ٢٧ من ذلك الامر وهى تقضى بأن تكون اللجنة مؤلفة بالطريقة التى كانت مؤلفة بها بمقتضى المادة ٦ من الامر العالى الاول الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠

به . وبهذا الامر ينتهى الدور الثالث لحق الافراد فى المياه و بيان القيود التىحدت هذا الحق

## ٣ — حق الانتفاع بالمياه وقانون ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٤

**١٢٤** — رأينا أن الشارع المصرى عنى بتنظيم حقوق الافراد بالانتفاع بالمياه العامة و بتصريف المياه الضارة بالارض . والغرض الذى يرمى اليه من ذلك توسيع الاراضى الزراعية بما فيه رواج الزراعة ونماء الثروة وزيادة العمران . لذا وضع الشارع قانونه الاول فى ١٢ أبريل سنة ١٨٩٠ بعد أخذ رأى مجلس شورى القوانين فيه . ثم لما رأى أنه ليس كافياً فى تحقيق الامانى المرجوة من ورائه أصدر قانونه الثانى والاخير فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ وأودعه كل ما رآه صالحا لتحقيق ما يرجو تحقيقه بما فيه المصلحة العامة [1] ونريد الآن معرفة مبلغ آثار هذا القانون من الوجهة القانونية البحتة على القانون المدنى المختلط والاهلى

### ١ — فى الآثار القانونية لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون المختلط

**١٢٥** — لما صدر قانون ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ لم يشأ القضاء المختلط أن يأخذ به ما دام أنه لم يصدر بالقيود التشريعية المعروفة للتشريع المختلط أى أخذ رضاء الدول الاجنبية صاحبة الامتيازات بمصر طبقاً لنص المادة ١٢ مدنى قبل تعديلها بمقتضى قانون ١٩١١ رقم ١٧ [2] . ولما صدر قانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ وحان

---

(١) وفى سبيل حماية المصلحة العامة وضرورة المحافظة على الترع والجسور قرر الشارع بالمادة ٤٠ من ذلك القانون بان « مشايخ وخفراء البلاد مسئولون عن المحافظة على الترع و . . . . . . فاذا حصلت مخالفة فيلزمون شخصياً بنفقة اعادة الاعمال الى أصلها اذا لم يتيسر معرفة الفاعلين » أنظر شرح هذه المادة : المحاماة ٤ ص ٨٨ وما بعدها و ص ٢٩٧ وما بعدها و ٥٩٥ وما بعدها

(١) استئناف م ١٨ يونيو سنة ١٨٩٦ م ت ق ، ٨ ، ٣٣٤

وقت العمل به قضاء أبى أيضاً القضاء المختلط الأخذ به لعدم أخذ مصادقة الدول عليه ، وأنه يجب اعتباره ساريا على المصريين لا الاجانب[1]

ونسارع الى ملاحظة الى أن هذا القانون قرر مسائل عامة فيما يتعلق بالترع العمومية والترع الخصوصية وبين متى تعتبر عامة أو خاصة وكذلك بشأن المصاريف وهذه المسائل سارية على الجميع مصريين وأجانب . وبجانب هذه المسائل قرر ذلك القانون ( ومن قبله قانون سنة ١٨٩٠ ) مسائل أخرى قد نشك فى أمرها من حيث أن المواد التى قررتها قد أبطلت المواد الموجودة بالقانون المدنى أم لا . مثلا . قررت المادة ٩ كما رأينا بأن حق الشرب يقرر لطالبه بواسطة لجنة فنية ويقدر التعويض فيه بواسطة لجنة أخرى مقررة بالمادة ٢٧ . وأنه يجوز الطعن بالاستئناف فى قرار اللجنة الفنية دون الاخرى وكذلك قرر هذا القانون بالمادة ١٥ تقرير المصرف بواسطة لجنة فنية . ويقدر التعويض بواسطة اللجنة المقررة بالمادة ١٧ منه . فهل يجوز بعد صدور هذا القانون للاجانب معاً أو للمصريين مع الاجانب أن يعملوا به فيما يتعلق بحق الشرب وحق المسيل ؟ أو انه لا بد من الاخذ بالمادة ٥٤ مدنى مختلط باعتبار ان هذا القانون لا يؤثر عليها بأى اثر ما لانه لم تؤخذ مصادقة الدول عليه ؟

**١٢٦** — قلنا ان القضاء المختلط لم يأخذ بهذا القانون وظل يعمل بالمادة ٥٤ مدنى مختلط وحجته كما رأينا . ويرى بعض المشتغلين بالفقه المصرى انه يجب الاخذ بهذا القانون فيما يقرره من حقوق الارتفاق لان المادة ٥١ مدنى مختلط فقرة ٢ ( ٣٠ مدنى اهلى ) تقرر بأن « الارتفاق هو تكليف[2] مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر . وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك

(١) استئناف م ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ٢١٧ . ومع ذلك راجع استئناف م ١٨ مايو ١٨٩٩ م ت ق ، ١١ ، ٢٢١ فانه على ما يفهم منه قد أخذ بهذا القانون السابق عليه اذ فسر المادة ٨ منه تفسيراً ارتكز عليه الحكم

(٢) Charge

التكاليف[١] والاصطلاحات المحلية [٢] » أى أن حقوق الارتفاق يرجع فيها الى العوائد المحلية . وما دام ان هذا القانون الصادر سنة ١٨٩٤ انما يقرر عادة محلية فيجب الاخذ به . وقد رد خصوم هذا المبدأ بأن العوائد المحلية خاصة بكيفية الانتفاع بحق الارتفاق وطريقة استعماله أى خاصة بتنظيمه فقط [٣] . وليست خاصة بأصل تقريره ومصدر انشائه[٤] وقرر أنصار قانون سنة ١٨٩٤ بأنه لم يخرج عن كونه قانوناً خاصاً بتنظيم أحوال الضبط والربط بمصر[٥] وان المادة ١٠ من القانون المدنى المختلط تقرر بأنه « تسرى أحكام القوانين المتعلقة بالضبط والامن العمومى على كل من أقام بالاقطار المصرية » وعلى ذلك يكون قانون سنة ١٨٩٤ سارياً على الاجانب أيضاً باعتباره داخلا بالمادة ١٠ المذكورة . ويرد المعارضون بأن محل الاخذ بالمادة ١٠ هذه انما يكون فى حالة عدم المساس بحقوق مكتسبة للاجانب [٦] ويقول أخيراً خصوم قانون سنة ١٨٩٤ بأن هناك اتفاقاً بين الحكومة المصرية والدول الاجنبية فى أول يناير سنة ١٨٨٩ بأنه لا يعمل بالاوامر الخاصة بنظام الاراضى والجسور والترع الا بعد أخذ رأى الجمعية العمومية [٧] وأن الغرض من أخذ الرأى هو معرفة ما اذا كانت الاوامر ، أى القوانين ، قد خالفت ما هو مقرر بنصوص المعاهدات [٨] والاتفاقات [٩] أم لا وما دام أن حقوق الارتفاق قد تقررت بالقانون المدنى باعتباره عقداً دولياً [١٠] مع الدول أصحاب الامتيازات الاجنبية [١١] فانه لا يجوز اضافة أى شىء ما عليها

---

(١) Titre de leur constitution

(٢) Usages locaux وتقول المادة الاهلية : « الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار المنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى Etat وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلاد usages locaux »

(٣) Règlement (٤) Création . دى هلس ج ٤ ص ٢٣٢ ن ١٠٧

(٥) Lois de police et dc sûreté

(٦) Droits acquis . دى هلس ج ٤ ص ٢٣١ ن ١٠٦ — ص ٧٤ ن ١٦٠

(٧) Assemblée générale (٨) Traités (٩) Conventions

(١٠) Contrat international (١١) Puissances capitulaires

الابرضاء الدول هذه . ويقرر أنصار قانون سنة ١٨٩٤ بأنه لا يتحتم عن عدم أخذ مصادقة الدول ، اعتبار هذا القانون غير نافذ فيما لم يخالف فيه المعاهدات والاتفاقات (١)

١٢٧ — وانا نرى أن المنتصرين لهذا القانون باعتباره نافذاً على المصريين والاجانب قد أصابوا فيما حاجوا به خصومهم . ونضيف على حججهم ما يأتى :

١ — ان المادة ١٠ مدنى الخاصة بسريان قوانين الضبط على الاجانب أيضاً مادة نظامية تتعلق بحياة الدولة . ولقد أثبتنا بكتابنا فى مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة على أن الاجانب بمصر لم يكتسبوا حقوقاً فيما يتعلق بالنظام العام وشؤون الربط والضبط . انما كل ما اكتسبوه سواء بحكم الامتيازات قبل انشاء المحاكم المختلطة أو بعد انشائها انما هو الامتياز التشريعى (٢) ( فى أن يكون لهم تشريع بنظام خاص طبقاً للمادة ١٢ مدنى قبل تعديلها وبعد تعديلها سنة ١٩١١ ) والامتياز القضائى (٣) ( أى يقاضون أمام محاكم خاصة وهى المحاكم المختلطة فى أحوال معينة ) ولا يؤاخذون جنائياً الا فى المسائل التى تقيدت بلائحة انشاء المحاكم المختلطة ومنها المخالفات . وقلنا بأنهم لم يكتسبوا مطلقاً امتيازاً اداريا ما (٤) أى أن للسلطة الادارية بمصر حق التشريع باللوائح العامة فيما يتعلق بنظام الضبط والربط وأن تسرى لوائحها على الاجانب كالمصريين سواء بسواء . انما اذا قررت هذه اللوائح عقوبة ولم يؤخذ فيها رأى الدول صاحبة الامتيازات فلا تسرى العقوبة على الاجنبى . ولكن اللائحة فى ذاتها من حيث ما قررته من المحظورات وأحوال المنع وما أمرت به وما نهت عنه نافذة على الاجانب . وهذا هو معنى ما قلناه بكتابنا المشار اليه بأنه ليس للاجانب امتياز ادارى ما بمصر . لانه من المستحيل عملا وقوعه . وعلى ذلك نرى أن لائحة الترع والمساقى الصادرة سنة ١٨٩٤ تسرى على الاجانب لانها تدخل ضمن منطوق المادة ١٠ مدنى مختلط

(١) دى هلس ج ٤ ص ٢٣٣ ن ١٠٨
(٢) Immunité législative
(٣) Im. judiciaire
(٤) Im. administrative

باعتبارها من القوانين الخاصة بالنظام العام والضبط والربط . وعلى ذلك فلا تتعارض هذه القاعدة التى قررناها مع ما قررته المادة ١٥٤ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ والتى تقول : « لا يخل تطبيق هذا الدستور بتعهدات مصر للدول الاجنبية ولا يمكن أن يمس ما يكون للاجانب من الحقوق فى مصر بمقتضى القوانين والمعاهدات الدولية والعادات المرعية[1] لان هذه المادة الدستورية انما تؤيد ما هو مقرر قبلها بالنسبة للاجانب أى لم تعترف لهم بامتياز ادارى . وكان بودنا لو ان واضعى المادة ١٥٤ (وواضعوها هم غير اللجنة التى شكلت لوضع الدستور برمته) قد اشاروا بها الى المادة ١٠ مدنى مختلط حتى تزيد القاعدة التى قررناها جلاء فوق جلاء وحتى تتماسك احكام المادة الدستورية مع المادة ١٠ المذكورة التى نعتبرها أيضاً دستورية ولا محالة فيما يتعلق بمصر مع الاجانب وفيما يتعلق بما تأمر به وتنهى عنه قوانين الضبط والربط ، لا فيما يتعلق بالعقوبة كما رأينا . هذا ومن المستحيل عملا ومنطقاً أن يكون للاجانب بمصر امتياز ادارى ، أى لا تسرى أوامر الادارة عليهم من لوائح وقوانين بما يدخل تحت نص المادة ١٠ مدنى مختلط ، لانه اذا قيل بذلك لترتب عليه تعطيل النظام العام بمصر تعطيلا مفسداً لكيان السيادة العامة للبلاد فى أخص مظهر من مظاهرها وهو مظهر ضبط البلاد واحكام الحكم فيها بقوانين ولوائح الضبط والربط حتى لا تظهر الفوضى ويدب الاضطراب

٢ — وأما الاتفاق الدولى المعقود بين الحكومة المصرية والدول الممتازة سنة ١٨٨٩ فهو لا يشير مطلقاً الى ما يسمى بغير حق امتيازاً ادارياً . لان الحقوق المكتسبة المقول بها انما هى حقوق ليست مكتسبة ضد الادارة العامة للبلاد وسلطة الحكومة فى اصدار قوانين ولوائح الضبط والربط . والا لتعطل مفعول المادة ١٠ ، مع انها ، أخذاً بمذهب خصوم قانون سنة ١٨٩٤ ؛ هى الأخرى صك معقود بين الحكومة المصرية والدول الممتازة . والغرض بالحقوق المكتسبة الحقوق التى تتعارض مع السلطة الادارية المصرية المقررة لها بالمادة ١٠ المذكورة .

---

(١) Usages reconnus

والا أصبحت هذه المادة لا مفعول لها وكأنها أثر بعد عين وأصبحت معطلة[1]

٣ — ان اتفاق الدول الحاصل سنة ١٨٨٩ المذكور اشار كما قلنا بانه لا يعمل بالنسبة للاجانب بالاوامر الخاصة بنظام الاراضى والجسور والترع الا بعد أخذ رأى الجمعية . ومعلوم أن الجمعية العمومية التى فوضت اليها أمر السلطة التشريعية المختلطة لم توجد إلا سنة ١٩١١ عند تعديل المادة ١٢ مدنى مختلط . وأما الجمعية العمومية التى أشار اليها اتفاق سنة ١٨٨٩ فلم تكن جمعية تشريعية مفوضاً اليها امر السلطة التشريعية المختلطة ، بل الغرض منها على ما يظهر هو فقط معرفة ما اذا كانت أوامر الحكومة الخاصة بنظام الاراضى والترع والجسور قدخالفت القوانين السارية على الاجانب والمصريين معاً فيما يتعلق بقانون صفر سنة ١٢٦٧ (يونيو سنة ١٨٦٥ ) بان ميزت بين المصريين والاجانب فى التكاليف العقارية أم لا . والا لوكانت الدول تريد فى سنة ١٨٨٩ أن لا تسرى هذه الاوامر على الاجانب الا اذا أصبحت كقانون خاضع للامتياز التشريعى المقرر للاجانب بعد مصادقة الدول الاجنبية ، لما كانت الدول فى حاجة الى الجمعية العمومية هذه سنة ١٨٨٩ وهذا يؤكد لنا أن مأمورية هذه الجمعية سنة ١٨٨٩ لم تكن تشريعية مطلقا بل مجرد رقابة فقط

٤ — ان القانون المدنى المختلط ولو أنه عقد دولى ، كما يقول خصوم قانون سنة ١٨٩٤ بين الحكومة والدول الممتازة ، وانه لا يجوز مساسه الا برضاء الطرفين مع مراعاة الاجراءات التشريعية المقررة للاجانب طبقاً للمادة ١٢ مدنى قبل تعديلها سنة ٩١١ وبعدها ، فهو لا يعتبر كذلك عقداً دولياً الا فى حدود المادة ١٠ مدنى المذكورة لأن هذه المادة الاخيرة هى الأخرى عقد دولى باعتبارها من القانون المدنى نفسه

٥ — ان الارادة الشاهانية الصادرة فى ٧ صفر سنة ١٢٨٢ ( ٢٥ يونيو سنة ١٨٦٧ ) أباحت للاجانب بالمقاطعات العثمانية امتلاك عقارات بها على شرط

(١) Lettre morte كما يقولون

الخضوع للقيود المقررة للملكية والسارية على الأهالى بلا امتياز بين المصرى والاجنبي . وقانون سنة ١٨٩٤ لم يخرج عن كونه مؤيداً لهذه الارادة ، وللاوامر العالية الصادرة قبلها بعصر والتى أبيح فيها للاجانب بامتلاك ابعاديات وجفالك فى عهد محمد على كما رأينا . وليس من نظام الملكية فى مصر أن يسرى القانون على المصرى دون الأجنبي فيصبح بذلك الأجنبي ممتازاً عن المصرى ، مع أن الارادة الشاهانية حظرت امتياز المصرى على الاجنبي ، ومن باب أولى أن لا تميز الاجنبي عن المصرى باعتبار المصرى صاحب البلد ، والاجنبي طارئ عليها . وكل دولة ذات نظام انما تعمل على تنظيم شؤون الاجانب داخل بلادها بما يضمن لها بقاءها وحياتها فى جو لا تخشى منه على مصالحها العامة أى على مصالح الوطنيين أصحاب البلاد وحماتها

على أن القضاء المختلط قرر من طريق آخر أن قانون سنة ١٨٩٤ انما هو قانون خاص بالتشريع العقارى لمصر وانه يجوز للاجانب الاستفادة منه كما يستفيد الوطنيون سواء بسواء[1]

وظننا أنه كان يجدر بالقضاء المختلط ، بدلا من أن يقول بعدم سريان قانون سنة ١٨٩٤ على الاجانب لعدم أخذ مصادقة الدول الممتازة عليه ، أن يناقش هذا القانون وعلى الأخص المواد ٩و٢٧ منه فيما اذا كان بصدوره أصبحت المادة

---

(١) استئناف م ١٦ ابريل سنة ٩٢٥ م ت ق ، ٣٧ ، ٣٤٢ وذلك أن المادة ٤ فقرة ٤ من قانون سنة ١٨٩٤ قررت بأن مصاريف حفظ الجسور من طغيان المياه وقت الفيضان على الحكومة. فجاءت الحكومة وأخذت أتربة وذلك لمناسبة تطبيق المادة ٤ فقرة ٢ من القانون المذكور ( التى جعلت مصاريف حفظ الجسور وقت طغيان المياه من الفيضان على الحكومة ) مع المادة ١٤ من قانون نزع الملكيه رقم ٢٧ سنة ٩٠٦ ( التى قررت ضرورة مراعاة ما زاد أو نقص من قيمة الباقى من العقار المنزوعة ملكيته وقت تقدير التعويض) — قارن ج ع ٣ ص ٣١١ ن ٣٢٦٠ . ومعنى ذلك أن قانون سنة ١٨٩٤ انما هو قانون عقارى مصرى بحت سار على كل من يقطن مصر من مصريين وأجانب . واذا كان القضاء المختلط يقرر بأن للاجنبي حق الاستفادة من هذا القانون فانه من المحتم ضرورة أن يقول أيضاً بان هذا القانون حجة عليه اذ ليس من القانون أن يقال بان قانون من القوانين يسرى من حيث توجد المصلحة للفرد ولا يسرى على هذا الاخير اذا لم تكن له مصلحة ظاهرة فيه وقتية وحالة . لان الاستفادة من القانون هى الاعتراف بسريانه على المستفيد . ومن أصابته فائدة عليه تحمل ما يقابلها أى الغرم بالغنم ان صح ذلك هنا تشريعا

٥٤ مدنى مختلط ملغاة لا عمل لها . أى يعمل كما يعمل القضاء الاهلى فى جعل الجدل مقصوراً على الغاء المواد القانونية المدنية التى أصبحت فى ظاهرها تتعارض مع قانون سنة ١٨٩٤ وعلى الاخص فيما قرره هذا الاخير بالمادة ٤٢ اذ قرر بأنه « يلغى كل ما كان من الاحكام السابقة مخالفاً أمرنا هذا »

ولكن القضاء المختلط لم يفعل ذلك وسار فى طريق الجدل بحيث قد قطع خط الرجعة على هذا الخلاف الذى ظهر بالقضاء الاهلى

هذا ولا يفوتنا أن نقول بأن المادة ٥٤ مدنى مختلط قد تعدلت سنة ١٩١٢ بالكيفية التى رأيناها ومع ذلك فانها لم تشر الى قانون سنة ١٨٩٤ من حيث حق الشرب وحق المسيل فى كيفية تقديرها وانشائهما ونظامهما . وربما كان ذلك دليلا جديداً لخصوم هذا القانون ولكنهم لم يقولوا به بعد . على انا لا نرى فى ذلك مايضعف شأن قانون سنة ١٨٩٤ فى أنه سارعلى من يقطن مصر من مصريين وأجانب وحجتنا فى ذلك كما سنبينه بعد أن قانون سنة ١٨٩٤ انما قرر طريقة ثانية فى طلب حق الشرب وحق المسيل بجانب الطريقة المقررة بالمادة ٥٤ مدنى مختلط وأصبح لصاحب الحق طريقان فى الطلت : طريق قضائى أمام المحاكم العادية . وطريق ادارى . وأما عبارة المادة ٤٢ الاخيرة القائلة بالغاء كل ما تقدم القانون مما هو مخالف له فانها لا تنصرف الى مواد القانون المدنى باعتباره أصلا لا يلغى الا بنص صريح فيه ، بل تنصرف الى القانون السابق عليه الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٨٩٠ والذى شرحنا بعض نصوصه تمهيداً للقانون الحاضر الصادر سنة ١٨٩٤ الذى صدر بعده على شكل أتم ، كما يؤيدنا فى ذلك بعض أحكام القضاء الاهلى

وها نحن أولاء الآن نبين الآثار القانونية لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون المدنى الاهلى

## ب — فى الآثار القانونية لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون المدنى الاهلى

**١٢٨** — صدرت لائحة الترع والجسور فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ وقررت

كما رأينا أن لصاحب حق الشرب وحق المسيل أن يطلب تقرير حقه الى الادارة بالطريقة التى بيناها . وتفصل فى طلبه لجنة فنية من حيث تقرير الحق ( المادة ٩ ) ولجنة تعويض من حيث تقدير الضرر الذى يعود على من تمر بأرضه مجرى الماء رياً أو مسيلا ( المادة ٢٧ ) وقد رأينا أيضاً أنه يجوز رفع استئناف عن قرار اللجنة الاولى دون الثانية . ولما صدرت هذه اللائحة فقرر الفقه والقضاء الاهليان بمصر أن المادتين ٩ و ٢٧ من اللائحة قد أبطلتا مفعول المادة ٣٣ مدنى أهلى التى تبيح للقضاء حق الفصل فى أمر حقى الشرب والمسيل بدليل أن المادة ٤٢ الاخيرة من اللائحة قررت الغاء ماتقدمها من النصوص [1]

وعلل «دى هلس» رأيه بأنه لولا الابطال لاصبحت اللائحة كأن لا عمل لها أى باطلة . وهذا التعليل بلا وزن ولا تقدير . وعلل القضاء [2] بأن المشرع رأى أن الفصل فى مثل هـذه المسائل الخاصة بالرى بطريقة ادارية أضمن للطرفين ، والا كانت اللائحة عبثاً لا فائدة منها . وهو تعليل يحكى تعليل «دى هاس» لأن هذا الحكم رجع اليه . والذى نراه نحن ونقول به كما أيدتنا فيه أحكام بعضها غير منشور والبعض الآخر منشور [3] أن المادة ٣٣ / ٥٤ مدنى لا زالت باقية وأنها لم تبطل وحجتنا فى ذلك ما يأتى :

١ ) ان لائحة سنة ١٨٩٤ قد تقدمتها لائحة سنة ١٨٩٠ وقد قررت هـذه الاخيرة بالمادتين ١٠ و٦ ما قررته لائحة سنة ٩٤ بالمادتين ١٠ و٢٧ فى حقى الشرب والمسيل . وقررت لائحة سنة ٩٠ بالمادة ٤٠ ما قررته لائحة سنة ٩٤ بالمادة ٤٢ من الغاء ما تقدمهما من الاحكام ولم تشر كل من اللائحتين الى القانون المدنى مع

(١) شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٦٠ — دى هلس ج ٤ ص ٢٣٤ ن ١١١ — استئناف ٧ ديسمبر ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٣ ص ٤٤ عدد ٣٨ . — محكمة الزقازيق الكلية فى ١٤ فبراير سنة ٩٢٣ م ر ١ ، ٢٤ ص ١٨٤ عدد ١٠٧

(٢) فى حكمه الاخير الصادر من محكمة الزقازيق فى ١٤ فبراير سنة ٩٢٣

(٣) محكمة قنا الكلية فى ١٣ مايو سنة ٩١٣ م ر ١ ، ١٤ عدد ١٣٥ — مجموعة حمدى بك السيد فى التعليقات على القانون المدنى ص ٣٦ ن ١٨٥

أن الفترة بينهما ٤ سنوات الى القانون المدنى وأحكامه . لان فى عدم الاشارة اليه معنى عدم المساس به باعتباره أنه هو الاصل فى المعاملات ولا يمكن مساسه الا بمساس مواده بالذات أو بالنص على المساس اذا صدر قانون آخر وله اتصال به[1]

ويكون الغرض من ذكر مادتى الالغاء فى اللائحتين الاشارة الى ما تقدمهما من اللوائح الاخرى الخاصة بالترع والمساقى وغير ذلك

٢ ) ان لائحة الترع والجسور فى عدم التنويه بها ولو عرضاً عن القانون المدنى ما يشعر بأن الشارع أراد ابقاء القانون المدنى كما هو فيما قرره بالمادة ٥٤ من التجويز للقضاء بالفصل فى حق الشرب وتقدير التعويض . وليس بعيداً ولا مما يتعارض مع القواعد العامة للقانون أن يقرر الشارع طريقتين للحق لاجل الوصول الى تقرير هذا الحق : طريق ادارى قضائى وطريق قضائى محض . نقول ادارياً قضائياً وغرضنا من ذلك أن من يتبعه فليس له اتباع غيره بعد الفصل فى طلبه . لان القرار الادارى القضائى يحوز قوة الشيء المحكوم فيه باعتباره صادراً من لجنة ادارية قضائية يجوز الطعن فى قراره بالاستئناف كما قررت ذلك المادة ١٠ من لائحة سنة ٩٤ [2] وان احتج على ذلك بان الطريق الادارى هو الأضمن للمتخاصمين فى تقرير الحق وبيان استعماله من القضاء العادى لان قضاة اللجنة فنيون وقضاة لجنة التعويض مزاولون لحرفة الفلاحة ، قلنا بأن ذلك لا يضير القضاء لانه يستعين بخبراء فنيين أيضاً

٣ ) وربما كان القضاء العادى أسلم فى نظرنا من القضاء الادارى فى هذا الشأن لأنه وان كان أعضاء اللجنتين الفنية ولجنة التعويض ملمين باصول الزراعة وشؤونها وهو ما يمكن سد نقصه فى القضاء العادى بانتداب خبراء كما قلنا ، فانهم

(١) وربما أيدنا فى هذا الرأى ما ورد بصدر اللائحتين فى أن صدور كل منهما بعد أخذ رأى مجلس شورى القوانين الذى كان معروفا فى ذلك الوقت بمقتضى القانون النظامى المصرى القديم الموضوع سنة ١٨٨٣ وبعد ما عرضه ناظر الاشغال ولم يذكر ناظر الحقانية

(٢) كتابنا فى المداينات والالتزامات أو الاثبات ج ٢ فى قوة الشيء المحكوم فيه

لا يستطيعون الالمام بالمسائل العلمية القانونية التي أشرنا اليها في شرحنا للمادة ٥٤ مدنى مختلط وعند ما استعرضنا أحكام القضاء المختلط فيما قرره هذا الاخير من مبادئ قانونية ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بقوة حق الشرب . أليس حق الشرب بالقانون مذكوراً بباب حقوق الارتفاق ؟ وكيف يتمكن أعضاء اللجنتين من تقرير الحقوق الارتفاقية وبيان ميولها وأحوالها وأوقات انقضائها وزوالها وزوال ما تعلق بها من الحقوق الاخرى ؟ هل يستطيعون ، وهم رجال زراعة كما رأينا ، الاستعانة بالقانون المدنى وأصوله فيما يتعلق بحقوق الارتفاق وغيرها ، أم ينتدبون هذه المرة رجال فن في القانون بمثابة خبراء يبينون لهم أصول القانون ويشرحون لهم ما غمض منه وما استتر فيه ! ! وهذا لا يكون

ولعل من ضمن الاسباب التي دعت القضاء المختلط الى القول بعدم سريان لائحة سنة ٩٤ على الاجانب [1] هو ذلك السبب الهام جداً فيما يتعلق بالالمام بالاصول القانونية وشتات القانون المدنى . اذ خشى في أنه اذا أخذ بهذه اللائحة ربما تترتب عليها اضرار قانونية أمام اللجان الادارية تستحيل معالجتها فيما بعد اذ يحوز القرار قوة الشيء المحكوم فيه

وربما كان القضاء المختلط يعدل عن رأيه فيما لو كانت اللائحة قد نصت على أن الطريق الادارى في تقدير حق الشرب اختيارى بجانب الطريق القضائي المقرر بالمادة ٥٤ مدنى مختلط

٤ ) ان محل القول بالغاء المادة ٣٣ / ٥٤ مدنى فيما اذا تعارضت مع لائحة سنة ٩٤ . وليس هناك تعارض مع الاختيار

٥ ) ان الغاء نص من قانون عام لا يلغى بنص من قانون خاص بدون الافصاح عن هذا الالغاء بعبارة لا تقبل تأويلا . ولذا يظل كل من النصين قائما مستقلا عن الآخر

**١٢٩** — قد يمكن أن نقول ان لائحة سنة ٩٤ قد عدلت نوعاً ما من المادة

(١) ولم يفصح القضاء المختلط عن ذلك في حكم من أحكامه

٣٢/٥٣ مدنى فيما قررته هذه المادة من أن « من أنشأ ترعة فله الحق فى الانتفاع بها دون غيره بمائها » اذ قررت اللائحة المذكورة بالمادة ٨ بأنه يجوز طلب انشاء مسقة صيفى بالطرق الادارية المبينة بها وتصبح ملكا للطالب بعد دفع التعويض الا أن حق الملكية هذا محدود بما يمكن أن يترتب للجيران من المنفعة فيما اذا أرادوا رى أراضيهم من هذه الترعة حتى فى زمن التحاريق[1] بعد أن يأخذ صاحبها ما يكفيه من المياه لرى أراضيه. وفى هذه الحالة يجب على الجيران المنتفعين أن يشتركوا مع صاحب المسقة فى مصاريف الانشاء[2] والصيانة[3] بنسبة مساحة أراضيهم . فبعد ان كان الحق كله لصاحب المسقى بمقتضى المادة ٣٢/٥٣ مدنى ، أصبح مقيداً بحق منفعة الجيران بالمادة ٨ من لائحة سنة ٩٤ . وهذا القيد انما هو قيد عرضى فى حالة خاصة وهى حالة انشاء ترعة صيفى . ولا يؤخذ فيه الا بقدر ما قرره من الاستثناء . وهنا يقرر المعارضون للائحة أن مادتها ٨ هذه لا تسرى الا على المصريين دون الاجانب . اليس غريباً أن أرض بلد واحد تعامل بقانونين على أن الارض هى هى وان الغرض المصلحة العامة ؟ ألا يستفيد المالك الاجنبى من هذه المادة فيما اذا كان جاراً لمالك المسقى المصرى ؟ وكيف يستفيد اذا قال بعدم سريان اللائحة عليه ؟ أليس الضرر ظاهراً عليه كما يظهر على جاره فيما اذا كان الاجنبى هو المالك للمسقى وأراد المصرى الانتفاع بها طبقاً للمادة ٨ ؟ أليست المصلحة تقضى بجعل القانون واحداً على أرض واحدة يتبادل أصحابها المنافع بحكم الجوار ؟

**١٣٠** — هذا ونرى أن اللائحة قد بينت متى تعتبر الترعة عمومية أو خصوصية وكذلك المصرف متى يعتبر عمومياً أو خصوصياً

**الترعة العمومية** :[4] هى المجرى المعد لرى أكثر من بلدين[5] كلها أو بعضها ونفقة انشائها وصيانتها على الحكومة غالباً . وهى من الاملاك العمومية .

---

(١) Étiage (٢) Frais de construction (٣) Entretien
(٤) Canal (٥) Villages

واستعمال الافراد لجسورها انما من طريق التسامح[1] ( المادة الاولى )

المسقى الخصوصية[2] : يراد بالمسقى قناة[3] أو مجرى[4] معد لرى أراضى بلد واحد أو بلدين فقط . وهى مملوكة للافراد ومصاريفها عليهم ويجوز للحكومة تطهيرها على نفقة أصحابها ( المادة ٢ ) ويجوز للفرد توسيعها بقيود خاصة ( المادة ١٠ ) ويجوز هدمها اذا تظلم أصحاب الأراضى ذوو الشأن ( المادة ١٣ ) ويجوز التضييق من بربخ فم المسقى[5] اذا كانت أوسع مما يجب ( المادة ١٤ ) ومطالبة صاحبها بتطهيرها وتنظيفها ( المادة ١٦ ) ويجوز لصاحبها استبدالها ( المادة ١٧ ) واذا هدمها الجار أو آخر جاز الزامه اداريا بمصاريف الاعادة ( المادة ١٩ ) ويجوز للادارة قطع أو تقليم الاشجار التى تعوق سير مياه الترعة أو تعطل الملاحة فيها أو السير على جسورها . ويباع ما قطع ويسلم ثمنه لصاحب الشأن ( المادة ٢٠ ) ويباح للافراد زراعة الجسور غير المعدة للمرور ( المادة ٢١ ) ويجوز نزع الملكية فى سبيل أعمال الوقاية من غوائل المياه ( المادة ٢٤ ) وقررت اللائحة عقوبات مالية وجسمانية لمن يرتكب المخالفات المعينة بها ( المادة ٣٢ )[6]

المصرف[7] : هو أخدود[8] أو حفير مستطيل معد لصرف مياه الاراضى سواء كانت مياه رى أو مياه سيل أو مياه صرف ( المادة ٣ )

المصرف العمومى : وهو عمومى اذا انصرفت فيه مياه أكثر من بلدين

المصرف الخصوصى : اذا انصرفت مياه بلد واحد أو بلدين

والصرف على المصارف والعناية بها كما تقدم فى الترع والمساق

وأعمال الوقاية من الفيضان على الحكومة فى الجسور والرؤوس وغير ذلك ( المادة ٤ )

---

(١) Par tolérance (٢) Rigole (٣) Chenal (٤) Cours d'eau
(٥) Ponceau de prise (٦) المحاماة ٤ ص ٢٩٥ مقال (٧) Drain
(٨) Fossé

هـذا وقررت المـادة ٤٠ بان مشايخ البلاد وغيرهم مسئولون عن المحافظة على الجسور والترع . ويلزمون بالتعويض عند عدم معرفة الفاعلين [١]

## في قيود حق الملكية

**١٣١** — نرى بعد ان ألممنا بحق الملكية ومبلغ قوته وآثاره أن نأتى هنا بما يمكن أن يحد هذا الحق بقيود تقف به عنـد حدود معينة . ومن ذلك نرى الادلاء هنا بملاحظات ثلاث :

١ ) انـ هذه القيود انما هى تسرى على الأخص على الملكية العقارية [٢] نعم ولو انه لم يكن لها الآن ازاء ملكية المنقول ما كان لهـا من الشأن العظيم من الوجهة القانونية والاجتماعية فى العصور الأولى الا أنها أكثر تعرضاً لهذهالقيود من ملكية المنقول لانهـا تكون فى ذاتها شبه احتكار [٣] فى يد صاحبها ولهذا السبب شرعت قيودها حتى لا تنطلق بلا حد فتضر بالآخرين

٢ ) ان نصوص هذه القيود كثيرة مشعبة ومنتثرة فى مناح عدة . وماورد منها بالقانون المدنى لم يصب محله من حيث مكان وجوده، اذ ورد بباب حقوق الارتفاق . وتسمى هـذه القيود بحقوق الارتفاق الطبيعية والقانونية . وانتقد الشارحون الفرنسيون أولا ورود هـذه القيود بباب حقوق الارتفاق وثانيـاً التسمية المختلفة التى أتى بهـا الشارع الفرنسى لحقوق الارتفاق من انهـا طبيعية وقانونيـة وبفعل الانسانـ [٤] ولم يذكر هذه التسمية الشارع المصرى بالمواد ٣٠/٥١ — ٤٣/٦٥ مدنى انما اصطلح عليهـا الشارحون وعملوا بهـا برغم ما لاحظوه من أوجه النقد

٣ ) من بين قيود الملكية التىسيرد القولفيها بعض قيود يتفق عليها الافراد

---

(١) المحاماة ٤ س ٨٨ و٢٩٧ مقال
(٢) Propriété foncière
(٣) Monopole
(٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٤٣

أنفسهم بأن ينزل المالك عن حقه فى ملكه الى جاره بما ينشأ عنه زيادة فى حق هذا الاخير ونقص فى حق الاول . ولقد سمى بعض الشارحين هـذا الحق الزائد من جهة والناقص من جهة أخرى بنصف الحق العينى[١] ، مع انه لامحل لهذا التعمل فى تلك التسمية اذ يسمى هذا الحق بالحق العينى بلا نقص ولا زيادة مادام انه متفرع عن حق الملكية لانه لم يخرج عن كونه مظهراً من مظاهر ركن من أركان الملكية وهو حق التصرف[٢] الذى يملكه كل من يملك حق الملكية

والقيود هـذه على ثلاثة طوائف : (١) قيود ترجع للقانون الادارى اذ قررها القانون تقييـداً للمالك فى سبيل المنفعة العامة . — (٢) وقيود قررها القانون المدنى فى سبيل حماية جوار العقارات لبعضها البعض . — (٣) وقيود تعاقدية يقررها العاقدان بمحض ارادتهما وهى المتعلقة بشرط عدم التصرف[٣] ذلك الشرط الذى يشترطه لنفسه من يتنازل عن عقار لغيره

وها نحن نبين كل نوع على حدة :

## ١) الطائفة الاولى . فى القيود الادارية

**١٣٢** — يرجع فى هذه القيود الى اعتبارات مختلفة :

**القيود بسبب المصلحة العامة** : وأهم القيود القانونية التى تحد من الملكية هو نزع الملكية للمنفعة العامة[٤] اذ بهذا القيد يجوز لكل مصلحة عمومية فى سبيل المنفعة العامة نزع العقار من يد مالكه بعد دفع التعويض المناسب مقدماً ( المادة ٩ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ونصها : « للملكية حرمة[٥] فلا ينزع عن أحد ملكه الا لسبب المنفعة العامة فى الاحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلا[٦] »

---

(١) Droit semi-réel (٢) Jus utendi

(٣) Clause d'inaliénabilité

(٤) Expropriation pour cause d'utilité publique

(٥) Inviolable (٦) Juste indemnité

والمادة ٥٤٥ مدنى فرنسى ) وسنشير الى هذا القيد عند ما نتكلم على الضمانات القضائية المقررة للملكية

٢ ) القيود لسبب الطمأنينة [1] والصحة العامة [2] : وهذه القيود مقررة بقوانين ولوائح التنظيم [3] وهى قيود ايجابية أو سلبية فيما يتعلق بنظام الشوارع [4] ونظام الابنية وهدم الابنية المتداعية للسقوط ( الامر العالى فى ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨٩ وقرار وزارة الاشغال فى ٨ سبتمبر سنة ١٨٨٩ الخاص باللائحة التنفيذية ) والقيود الخاصة بالمحلات الخطرة [5] والمقلقة للراحة [6] والمضرة بالصحة [7] ( قانون ٢٨ أغسطس سنة ٩٠٤ رقم ١٣ وقرار وزارة الداخلية فى ٢٩ أغسطس سنة ٩٠٤ ) والقيود الخاصة بنزح المراحيض [8] ( قرار الداخلية فى ٨ نوفمبر سنة ١٨٨٦ المعدل بقرار ٢ يونيو سنة ١٩١٠ ) والبرك والمستنقعات ( الامر العالى فى ٢٦ ابريل سنة ٩٠٠ )

٣ ) القيود بسبب الاقتصاد الاجتماعى [9] : وهى ما سبق أن تكلمنا عنها بشأن القيود الخاصة بتوزيع المياه . ونزيد على ذلك القيود الخاصة بالزراعة لوقاية القطن والمزروعات ( قوانين رقم ٥ سنة ٩١٢ و ٦ سنة ٩١٣ و ١١ سنة ٩١٨ و ٤١ سنة ٩٢٠ و ٢٠ سنة ٩٢١ ) وبابادة الجراد [10] ( الامر العالى فى ٢٦ ابريل سنة ٩٠٤ ) وما يتعلق بالابنية التاريخية والآثار ( قانون رقم ٤ سنة ٩١٢ )

٤ ) القيود بسبب الدفاع عن البلاد [11] وهى الخاصة بحقوق الارتفاق الحربية

٥ ) القيود بسبب المصلحة المالية [12] : وهى كثيرة ومنها منع زراعة الدخان وصنع الكحول وغير ذلك

---

(١) Sécurité (٢) Salubrité (٣) Voirie
(٤) Alignement (٥) Établissements dangereux
(٦) Incommodes (٧) Insalubres (٨) Fosses d'aisance
(٩) Économie social (١٠) Destruction des sauterelles
(١١) Défense nationale (١٢) Intérêt fiscal

انتهينا الآن من القيود الادارية ولننتقل بعد ذلك الى القيود القانونية

## ٢) الطائفة الثانية . فى القيود القانونية

## الخاصة بالجوار

**١٣٣** — هذه القيود القانونية [١] الخاصة بالجوار [٢] على ثلاثة أنواع : (١) القيود السلبية وهى كثيرة اذ تحظر على الملاك القيام بعمل معين [٣] أى تجعلهم فى موقف سلبى — (٢) القيود الايجابية أى يلتزم الملاك باجراء عمل معين [٤] — (٣) قيود قررها القضاء نفسه بأن حظر على الملاك الجيران أن يعملوا ما فيه الاضرار ببعضهم البعض

وها نحن نبين كل نوع من هذه الأنواع على حدة

### ١ — الفرع الاول : القيود السلبية . فى المحظورات على الاملاك

### ١ — الالتزامات الخاصة بنظام المياه

**١٣٤** — ان نظام الانتفاع بالمياه وتوزيعها يدعو الى الأخذ بالقيود الآتية

١) *حق الارتفاق الخاص بحق المسيل* [٥] وهو الحق المقرر لمالك الارض العليا أن يصرف مياه الأمطار أو المياه المنزلية بالطريق العمومى أو بالمصارف العمومية من طريق المرور بأرض الجار . وفى ذلك تقول المادة ٤٢ / ٦٤ مدنى ما يأتى : « يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أو فى الطريق العام مياه الامطار [٦] ومياهه المنزلية [٧] بالتطبيق على اللوائح الصحية » ( المادة ٦٤٠ و٦٨١ مدنى فرنسى ) وحق المسيل هذا هو غير حق الصرف الذى رأيناه . اذ حق المسيل منصرف الى المياه المتخلفة عن الامطار والمياه المنزلية . وأما حق

---

(١) Restrictions légales (٢) Voisinage (٣) Abstension
(٤) Prestations actives (٥) Servitude d'ecoulement d'eau
(٦) Eaux pluviales (٧) Eaux menagères

لصرف فهو خاص بمياه اصلاح الارض ومياه الرشح وغير ذلك على شرط وجود مصارف عامة ، بحيث اذا لم توجد مصارف عامة فلا وجود للحق — وعلى ذلك لا يجوز تصريف هذه المياه الأخرى ، وهى خلاف مياه الأمطار والمياه المنزلية بتحميل الجار تصريفها (١) وأما حق المسيل هـذا المقرر بالمادة ٤٢/ ٦٤ فهو قائم حتى ولو لم توجد مصارف عامة لأنه يمكن صرف المياه الى الطريق العام مع مراعاة القيود الصحية المقررة بلوائح الصحة . ولا يجوز لصاحب الارض الدنيا أن يعمل على تعطيل حق المسيل كما أنه لا يجوز لصاحب الأرض العليا أن يعمل على ما فيه مضايقة الجار المحمل بحق الارتفاق

ويقول القانون مياه الامطار والمياه المنزلية ولم يقل المياه الطبيعية (٢) التى قال بها الشارع الفرنسى بالمادة ٦٤٠ . فاذا كانت المياه مياه نبع فهل يجوز تصريفها بمقتضى المادة ٤٢/ ٦٤ ؟ يجوز ذلك بالرجوع الى القواعد العـامة المستفادة من المادة ٦٤٠ و ٦٨١ مدنى فرنسى ولأجل المصلحة العـامة على شرط دفع تعويض لصاحب الارض الدنيا (٣)

٢ ) **فى الالتزامات المتعلقة بالرى والصرف** : وقد سبق أن رأينا ذلك فى مكانه والآثار القانونية للائحة سنة ٩٤ على القانون المدنى (٤)

## ب — فى الالتزامات الخاصة بالمناور والمطلات

**١٣٥** — ما دام أن الانتفاع بحق الملكيـة انتفاع مطلق من كل قيد الا فيما أضر بالغير وخالف القوانين واللوائح فكان يترتب على ذلك أن المالك حر فى تقرير مظاهر هذا الانتفـاع على اختلاف أنواعه ، كأن تكون له الحرية المطلقة

---

(١) ج ع ١ ص ٣٣٨ ن ١٣٤١ (٢) Eaux naturelles.

(٣) استئناف م ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ت ق ، ٩ ، ٣٢٨

(٤) القوانين الفرنسية الخاصة بالرى والصرف هى قانون ٢٩ ابريل سـنة ١٨٤٥ و ١١ يوليو سنة ١٨٤٧ و ١٠ يونيو سنة ١٨٥٤ : كولين وكابتان ج ١ ص ٧٤٨

أيضاً فى اضاءة ملكه كما يرضى ويرغب . ولكن الشارع رأى أن يقيد حرية الاضاءة هذه باعتبارها مظهراً من مظاهر الانتفاع بالملك وهو يرمى بهذا القيد الى حماية المصلحة العامة ورفع ما يمكن أن يقع بين الجيران من حزازات تنشأ عن مضايقات الجوار . اذ فى كشف الجار على جاره ما يفتح مجالا الى الاخذ والرد بينهما من رؤية الواحد للآخر من جهة ومن تبادل الرمى والالقاء بالاوراق والزجاج المكسور والى غير ذلك ، من جهة أخرى ، لذا عمل الشارع على معالجة هذه المضايقات لا برفعها بتاتاً بل بتخفيف شأنها حتى يمكن الاخذ بأخف الاضرار

وكل ما ورد بهذا الشأن فيما يتعلق باضاءة الملك بالنور الطبيعى من فتح مناور ومنافذ هو المادة ٣٩/٦١ مدنى اذ نصت على ما يأتى : « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم [١] بمسافة أقل من متر واحد » ( ورد بالنص المختلط بين قوسين تفسيراً للمتر الواحد ما يأتى : « ذراعان [٢] وثلثا ذراع تقريباً » . وهو خطأ حسابى لأن الذراع مقدر بمقدار ٧٥ر٠ م فالذراعان وثلث تقدر بمترين تماماً وهذا يخالف المسافة المقدرة بمتر . ولذا يجب الأخذ بالمتر الواحد هنا لا بالذراع الذى ورد من طريق التفسير لا من طريق الأصل ) ثم قرر الشارع فى كيفية مقاس المتر بالمادة ٤٠/٦٣ مدنى : « تقاس تلك المسافة اما من ظهر الحائط [٣] الذى فيه المطل المذكور أو من ظاهر [٤] الخرجة [٥] أو المشربة [٦]

والآن نريد معرفة ماهو المطل وما هو المنور وما الفرق بين الاثنين وماهى الاحكام القانونية المقررة لكل منهما ، وهى الاحكام المستفادة من القضاء والقانون وطبيعة حق الارتفاق هذا

**١٣٦ — فى المناور** [٧] : المناور ، وهى على عكس المطلات الحرة [٨] هى

---

(١) Vue droite (٢) 2 pies (٣) Parement extérieur
(٤) Ligne extérieure (٥) Bacon (٦) Saillie
(٧) Jours de souffrance (٨) vues libres

الفتحات [١] التى لا تصلح الا للاضـاءة وادخال النور على الغرف لا للنظر ولا لرمى البقـايا [٢] على الجار (وهى كما تقول المادة ٦٧٦ مدنى فرنسى ذات شباك من الحديد[٣] أو ذات زجاج مثبت لا يفتح)[٤] وفوق ذلك فانه يجب أن تكون مرتفعة عن أرض الغرفة بعض الارتفاع بحيث لا يمكن للانسان أن يطل منها الا اذا استعان بشىء (المواد ٦٧٦ و ٦٧٧ مدنى فرنسى)

١٣٧ — **المطلات** [٥] : وأما المطلات أو الفتحات الحرة [٦] أعنى الشبابيك العادية [٧] فهى اما مستقيمة [٨] أو منحرفة [٩] . والمطل المستقيم هو ما أنشىء فى الحائط بطريقة توازى تماماً أو تقريباً منزل الجار . وبالايجاز يقال بأن هنالك مطلا مستقيما اذا استطاع الانسان أن يرى به الجار بمجرد أن يضع رأسه فى محور الشباك[١٠] دون أن يكون فى حاجة الى ادارة رأسه يمنة أو يسرة . وأما المطل المنحرف فهو ما كان على عكس ما تقدم أى فيما اذا كان منشأً بالحائط على شكل عامودى تماماً أو تقريباً بالنسبة لمنزل الجار

اذا تقرر ذلك وجب اعتبار المطلات المنحرفة أقل مضايقة للجارعن المطلات المستقيمة . وان المناور أقل مضايقة أيضاً عن المطلات أى الشبابيك العادية

وبعد هذا البيان يجب الوقوف على ما ترمى اليه المادة ٣٩/٦١ مدنى وعلى ماقرره القضاء والفقه بمصر بشـأنها . ونقسم القول هنا الى قسمين : قسم يتعلق بالنوافذ العادية أى الشـبابيك أو المطلات . وقسم يتعلق بالمناور . ونبين لكل منهما أحكامه القانونية

### § ١ — النوافذ العادية أى الشبابيك أو المطلات

١٣٨ — نريد بهذه النوافذ الشبابيك العادية التى تنشأ فى البيوت والعمارات

---

(١) Ouvertures (٢) Débris (٣) à fer émaillé
(٤) à verre dormant (٥) Vues (٦) jours libres
(٧) Fénêtres ordinaires (٨) Droites
(٩) Obliques (١٠) Axe

لا لأجل ادخال الهواء والنور فقط بكمية وافرة بل لأجل النظر منها دون تكلف وعناء ولمجرد أن يطل منها الانسان اما بالتدلى ليرى ما هو بالاسفل واما من غير التدلى ليرى ما هو أمامه

والاصل فيها ان يكون مالك البيت حراً فى انشائها بابعاد غير مقيدة بقيود ما من حيث طولها وعرضها وارتفاعها . ولا تقف به حرية حق الملكية الى ذلك فقط بل هو ينشئها بالبيت على مايرى من البعد بينها وبين الجار ما دام انه داخل حدود ملكه وانه ينشئها بداره

ولكن حريته الثانية فى انشاء النوافذ على ما يرى من البعد بينها وبين الجار حرية لم يرد الشارع أن يطلقها من قيود حق الملكية ، وهى القيود التى أراد بها الشارع المصلحة العامة وقطعاً لما يحتمل أن توغر به الصدور من تبادل رمى البقايا وتبادل رؤية الجارين لبعضهما البعض . فعمل الشارع على معالجة تلك المضايقات الجوارية لامن طريق منعها بتاتاً بل من طريق التخفيف من أثرها كما قلنا

وفى ذلك قرر الشارع بأنه يجب أن يكون هذا المطل على بعد من دار الجار لا يقل مطلقاً عن متر واحد ( المادة ٣٩/٦١ مدنى المذكورة ) أى انه لاجل أن يكون المالك للبيت حراً فى التمتع بحق النظر والهواء والضوء من هذه النافذة ان يتقيد بهذا القيد وهو أن يكون الشباك بعيداً عن الجار بمسافة متر على الاقل

وعلى ذلك اذا خالف المالك هذا القيد فى فتح النافذة التى وصفناها وأحدثها بداره على بعد أقل من متر واحد ترتب على ذلك اعتداء منه على حق الغير فى انتهاك حرمة ملكيته بالاعتداء على الحق المقرر له بالقانون فى ترك مسافة قدرها متر واحد لتكون بمثابة حرم بين الدارين

فاذا وقعت المخالفة كان القضاء فى حل من اجابة طلب سد النافذة حتى ولم يثبت حصول ضرر لان الضرر مفروض قانوناً [1] ونعتبر هذا الفرض قرينة

---

(١) القضاء ٤ ص ١٧٨ — الحقوق ١٥ ص ٣٧ — مجموعة حمدى بك السيد مدنى ص ٣٧ ن ١٨٩ والهامش ١ — مجموعة جمال الثانية ص ٢١٥ ن ٥٦٧

قانونية لاتقبل الدليل العكسى[١] . ويقوم الطالب بالسد على مصاريف خصمه أو يقوم الاخير بالسد بمصاريف من عنده ولا يجوز مطلقاً الا كتفاء بالحكم هنا بتعويض للجار المضار فى حرم داره وبقاء النافذة قائمة بل لا بد من الحكم بالسد ولا محالة[٢]

واذا ظلت المخالفة قائمة مدة التقادم ، أى اذا ظلت قائمةمدة١٥سنة ولايحرك الجار ساكناً وهو يرى النافذة أمامه تضايقه فى كل آن دون أن يحتج بأى احتجاج قانونى ، فهل يسقط حقه فى الاحتجاج بعد مضى مدة التقادم هذه فلا يملك بعدها الحق فى طلب سد النافذة ؟ أو بعبارة أخرى . هل اذا ظل المخالف يعمل بالمخالفة مدة ١٥ سنة وجاره يعلم بها ويسكت عما نزل به من المضايقةمنها ، هل يملك المخالف حق فتح النافذة ملكا نهائياً لايعارضه فيه معارض ، وما كان محظوراً عليه بالامس ومخالفاً للقانون باعتبار أنه اعتداء يصبح بعد مدة ١٥ سنة أمراً مشروعاً مطابقاً للقانون أى ما كان بالامس اعتداء محظوراً يصبح حقاً مقرراً ؟ نعم يملك المخالف حقه فى فتح النافذة أى الشباك بعد ١٥ سنة اذا كانت المسافة بينه وبين جاره أقل من متر . وفى هذه الحالة لايجوز لجاره أن يطلب سد النافذة بل يحترم الحالة القائمة والتى ظلت هكذا ١٥ سنة . وذلك لان حق الارتفاق هذا هو من الحقوق العينية . ومن المقرر ان هذه الحقوق العينية تملك بالتقادم [٣]

**١٣٩** — ولكن اذا كان الجار قد أصبح ممنوعا بحكم التقادم من أن يطلب سد النافذة المفتوحة عليه على بعد أقل من متر واحد مدة ١٥ سنة ، واذا فرض بأن النافذة فتحت مباشرة على ملك الجار من غير ترك مسافة ما ، فهل يجوز للجار المضار أن يقيم حائطاً فى ملكه بحيث يترتب على اقامتها سد النافذة على صاحبها ؟ أى هل يجوز للجار المضار هذا ان يتمتع بكامل حق ملكيته فى داره فيبنى فيها

(١) Pésomption juris et de jure (٢) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٤٩ و٥٩٥١
(٣) مجموعة جمال ص ٣٣٣ ن ٨٩٧

كما يشاء ويقيم حائطاً كما يشاء وهو لا يعبأ بما ينزل بجيرانه من الاضرار في حرمانهم من الاضواء والاهواء ، أم هو قد أصبح مغلول اليد في حقه فلا يملك ، بعد ان أصبح لجاره حق مكتسب عليه ، أن يعمل على ما فيه المساس بالحق المكتسب هذا ، مادام ان الحق المكتسب للغير على داره لم يخرج عن كونه نقصاً في حقه وزيادة في حق جاره . وما دام كسبه هذا الاخير قد أضره هو ؟ يكاد يكون من البديهي أن يكون الجواب بالايجاب . أى لا يملك الجار المضار أن يعمل في ملكه ما فيه تعطيل الحق المكتسب للغير عليه ويدخل في أسباب التعطيل اقامة حائط في دار الجار يكون من شأنها ابطال مفعول النافذة . ولو انها تظل مفتوحة في حائط صاحبها الا أن اقامة حائط الجار بجانبها يسد عليها واجهتها فلا تستطيع جلب النور والهواء من الجو الذي كان ملامساً لها فأصبح وقد حالت الحائط بينها وبينه . لذا نرى أنه يجب على الجار الاول ان يتقيد في ملكه بما فيه عدم المساس بحق جاره المكتسب . اذ حقه يصبح مبتوراً منتقص الاطراف بينما حق جاره يصبح قوياً بما اكتسبه زيادة عليه مع الزمن

وعلى ذلك يجب عليه أن لا يقيم الحائط بمكانها بحيث يكون من نتائج اقامتها تعطيل أثر النافذة في دار الجار . بل يقيم حائطه بحيث يترك بينه وبين الجار متراً على الاقل[1] ويبقى هذا المتر مسطحاً ملكا للجار الذي تركه . وكل ما اكتسبه صاحب النافذة الاولى عليه انما هو حق الارتفاق الذي ينحصر في ترك النافذة تأخذ الضوء والنور من جو لا يزيد طول محوره عن متر واحد . ( أى أن حق الارتفاق ينصب فقط على النافذة التي فتحت مخالفة للقانون . وعلى ذلك اذا اكتسب مالك حق الارتفاق على نافذة بالدور الاول فهذا لا يمنع الجار المضار ان يبني بحيث يسد على جاره منافذ الدور الثاني التي لم تكتسب حق الارتفاق كما اكتسبه الدور الاول[2] . هذا فيما اذا لم تترك مسافة ما من قبل وكانت النافذة

(١) تعليقات جلاد مدنى ص ٢٢ ن ٩ — الاستقلال ٥ ص ٢٠١
(٢) تعليقات جلاد ص ٢٢ ن ١٠ — م ر ١ ، ٨ ص ٥٤

مفتوحة على ملك الجار مباشرة . وأما اذا ترك الجار مسافة أقل من متر بأن كانت ٧٠ سنتيمتر مثلا وظلت قائمة ١٥ سـنة فهل يجوز للجار أن يترك من ملكه متراً واحداً فتصبح المسافة بين الاثنين ١٫٧٠ متر . أم لا يترك شيئاً ويبنى حائطه فى حد ملـكه ؟ نلاحظ ان ما اكتسبه المالك بنافذته بالتقادم على بعد ٧٠ سنتيمتر من جاره انمــا هو حق ارتفاق ، وهو ينحصر فى أن لا يكره على سد نافذته بل يتركها كما هو . وتصبح نافذته قائمة على هذا البعد وهو ٧٠ سنتيمتر . وأما الجار المضار فهو فى حل فى أن يبنى فى ملـكه على هذه المسافة القائمة الآن دون أن يترك شيئاً من ملـكه لا متراً واحداً ولا أقل[1]

١٤٠ — اذا علم ذلك وتبين بأن المسافة صفر وجب ترك متر بعد التقادم من ملك الجار المضار . واذا كانت أقل من متر جاز له أن يبنى فى حدود ملـكه . وهل يجوز للجار المضار فى هذه الاحوال أن يفتح هو الآخر نوافذ بعد تركه للمتر فى الحالة الاولى وعند انشائه للحائط فى حدود ملـكه فى الحالة الثانيـة ؟ يرجع الجواب الى معرفة الحق الذى تقرر لصاحب النافذة بالتقادم ؟ كل ما اكتسبه صاحب النافذة هو كما قلنا حق ارتفاق ، أى حق النظر والضوء والهواء ، ليس أكثر . ولم يمتلك حق الملـكية على المسـافة المتروكة من الجار فى الحالة الاولى وهو متر ، ولا حق الملـكية على ملك الجار فى الحالة الثانيـة . وعلى ذلك يجوز للجار فى الحالة الاولى بعد ترك متر أن يفتح نوافذ على هـذا المتر . لان المتر ملـكه ولـكنه ملك محمل بحق ارتفـاق النافذة عليه . وأما فى الحالة الثانية فلا يملك حق فتح نوافذ على صاحب النافذة لان الارض المتروكة ملك لهـذا الاخير ولم يقرر للجار حق عليها . فاذا أراد أن يفتح نوافذ عليهـا التزم أن يترك متراً من ملـكه حتى تصبح المسافة بين الدارين ١٫٧٠ متر

١٤١ — تساءلنا فيما اذا كان يجوز للجار المضار بعد التقادم أن يبنى حائطا

(١) عياشى ص ٤٩ ن ٢٢٢ . وقد لاحظنا فى حالة ما اذا لم يترك صاحب النافذة مسـافة ما بالمرة فان الجار المضار لا يبنى حائطه بعد التقادم الا بعد ترك متر . وهنا محل نظر

فى ملكه بحيث يمنع الضوء والنور والنظر على نافذة جاره فيما اذا كانت النافذة مطلة مباشرة على الجار المضار . وقلنا انه من البديهى أنه لايجوز له ذلك لان فى اقامة الحائط فى ملكه تعطيلا لمنفعة النافذة التى اكتسبت حق المنفعة بالتقادم . قلنا ذلك لمناسبة أن فريقاً من الشارحين الفرنسيين الأسبقين وفى طليعتهم ميرلين [١] يقول بأن الحق الذى اكتسبه صاحب النافذة ينحصر وينحصر فقط فى أن تبقى النافذة فى مكانها بحيث لا يحظر على الجار المضار فى أن ينتفع هو الآخر بملكه كما يشاء ، أضر انتفاعه بالنافذة أم لا يضر . وعلى ذلك يجوز له اقامة حائط ولو كان من نتائج اقامتها سد النافذة [٢]. ومن غريب الامر فى شأن هذا الرأى أن وجد له نصيراً فى عالم القضاء الفرنسى القديم والقضاء المصرى القديم [٣] وتأيد، على ما هو أظهر فى الغرابة ، بالقضاء البلجيكى [٤] ولكن ما عتم أن أقلع القضاء المصرى عن رأيه وأخذ بما قلناه [٥] وكذلك القضاء الفرنسى قد عدل هو الآخر عن رأيه وقال بما رأيناه وقررا بأنه يجب على الجار أن يعمل على ما فيه عدم المساس بحق ارتفاق المطل ، ذلك الحق الذى اكتسبه واضع اليد بالزمن أى أنه لا يجوز له أن يبنى حائطا بملكه الا بعد ترك المسافة القانونية المقررة . والا اذا أبيحت له اقامة الحائط فى حدود ملكه لعطل بذلك من أثر النافذة وأصبح لا مفعول لها فكأن صاحبها لم يكتسب شيئاً ما مع أنه قد اكتسب حق المطل بالتقادم [٦]

---

(١) Merlin (٢) Boucher (٣) اسكندرية حكم استئناف ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ مجلة القضاء السنة الثالثة ص ٥٤ و ٥٥ — وقد وضع صاحب المجلة شرحاً وافياً باللغتين العربية والفرنسية أبان فيه الفرق بين الرأيين

(٤) س ، ٩٢ ، ٤ ، ٣٧ — س ، ٩٤ ، ٤ ، ٢٨ (٥) عياشى ص ٥٩ ن ٢٢٢

(٦) د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٧٨ — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ٢٢٩ — كولين وكابتان ج ١ ص ٧٥٢ — ٧٥٣ وهما على رأينا كما يظهر ، وربما تأيدت وجهة النظر هذه بما تقرر بالمادة ٦٢ من مرشد الحيران اذ تقول : « اذا كان لاحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا فأحدث غيره بجواره بناء مجدداً فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه . بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه »

**١٤٢** — هذا ويجب أن لا يفوتنا هنا بأن حق ارتفاق المطل ككل حقوق الارتفاق خاضع هو الآخر للأحكام القانونية المقررة بشأن حقوق الارتفاق . بمعنى أنه يجب ان يكون حق الارتفاق ظاهراً ومستمراً وغير منقطع وأن لا يكون فى سكوت الجار المضار مدة التقادم ما يشعر بالتسامح من جانبه [١] . فاذا ظهر أن الجار قد التزم السكون ولم يعمل ما فيه تنبيه صاحب النافذة الى مخالفة عمله للقانون حتى يقطع عليه مدة التقادم فلا يملك صاحب النافذة بعدها بالتقادم ، قلنا اذا لم يعمل ذلك ودل سكوته على أنه لا يشعر بضرر ما فيما اذا كانت أرضه أرض فضاء أو أرض زراعة وانه لا يضيره أن أخذ صاحب النافذة المطلة على أرضه هواء وضوء وانتفع بالنظر منها وان النافذة لا تؤثر على ارضه بأى مؤثر ما ، اعتبر ذلك من جانبه تسامحاً [٢] وهو واحد من آحاد الحوائل التى تقف فى سبيل التملك لان السكوت فيه ليس معناه ترك المجال للغير فى سبيل التمليك والتخلى عن حق لا يزال يرقبه عن كثب . بل هو تسامح لا أكثر ولا أقل . وربما تأكد التسامح ونمت عليه مظاهر أخرى ترجع لصلة تربط صاحب الارض بصاحب النافذة كأواصر القرابة والنسب

**١٤٣** — هذا ولا يفوتنا القول بأن تملك حقوق الارتفاق لا ينصب الا على ما هو قابل للتملك وأهل للملكية الفردية . فيجوز أن يتملك الفرد بالتقادم حقاً على فرد مثله فيما يملكه هذا الفرد . وعلى ذلك لا ينفذ التقادم فى المطل على مسجد تعنى بشؤونه السلطة العامة ، باعتباره من الاملاك العامة ، ولا على أى عين من أعيان الاملاك العامة المبينة بالمادة ٩ / ٢٥ مدنى [٣]

الآن وقد انتهينا من أحكام المطلات فلننظر الى أحكام المناور

---

(١) عياشى ص ٤٩ ن ٢٢٣ — مجموعة حمدى بك السيد ص ٣٧ ن ١٨٦ — مجموعة جمال الثانية ص ٢١٥ ن ٥٦٨

(٢) Acte de tolerance

(٣) عياشى ص ٥٠ ن ٢٢٤ و ٢٢٥ — ويقرر القضاء أن المادة ٣٩ / ٦١ مدنى لا تسرى على الماضى أى على الحقوق المقررة قبل سن القانون الاهلى سنة ١٨٨٣ : عياشى ص ٥٠ ن ٢٢٦

## § ٢ — المنـاور

**١٤٤** — قلنـا في تقريرنا للمناور[1] انها على عكس المطلات وانها فتحات يقيمها صاحب الملك في حائطه بحيث تكون مرتفعة لا يستطيع مع ارتفاعها النظر منها الا اذا استعان بشيء يعتليه . وتكون ضيقة وقصيرة الابعاد بحيث مع الاعتلاء لا يمكن النظر منها بسهولة . هـذه المناور شرعت لأجل ادخال الضوء والهواء فقط ، لا للنظر الى الدار بحيث لا تضر الجار في شيء ما ولا يشعر معها بمضايقات تحصل له من نظر متكرر واحتمال رؤية ما يرى ستره من شؤونه وأحواله

انشاء هـذه المناور مباح بالقانون[2] نعم ولو ان القـانون لم يشرع لها كما شرع للمطلات الا انه يستفاد من طريق عكسي مشروعية المناور[3] ولا يشترط مراعاة مسافات معينة بل تحصل بالحائط بحيث تكون مرتفعة . ويجب ان يكون الانتفاع منها مقصوراً على جلب الهواء وادخال الضوء . وعلى ذلك هي حق مباح في القانون ما دام ان الضرر منتف منها عن الجار الذى تطل عليه . وسبب شرعيتها حينئذ هو انتفاء الضرر . فان وقع الضرر ، بأن استعان اصحاب الدار باعتلاء اشياء للرؤية من المناور ورؤية الجار او استعانوا بها في القاء بقايا الاشياء المنزلية وغيرها ، ان حصل ذلك انتفت شرعيتها وزالت اباحتها وانقلبت من حق مباح الى امر محظور واصبحت في غير عداد الحقوق ، بل في عداد المحظورات وهي ليست حقوقاً . فاذا حل الضرر جاز للجار الذى تطل عليه هذه المناور ان يطلب سدها الى القضاء من مال من احدثها[4]

**١٤٥** — وما دام ان المناور حق مباح من الشارع لانتفاء الضرر منها عن الجار الذى تطل عليه فهي حق مؤقت طالما ان الجار لا يشعر بالضرر منها . فاذا أراد الجار أن ينتفع بملكه ويبنى حائطاً من شأنها سـد مناور جاره فليس لهذا

---

(١) Vues de souffrance (٢) مجموعة عياشي ص ٤٩ ن ٢١٩

(٣) مجموعة جمال الثانية ص ٣٣٦ ن ٩٠٦

(٤) الحقوق ١٨ ص ٣٧ — تعليقات جلاد ص ٢١ ن ٥ و ٧ — الاستقلال ٣ ص ٣٢٨

الاخير معارضته فى ذلك [١] . لان صاحب المناور لم يكتسب حقاً بالزمن ولا بغير الزمن اكتسابا نهائيا [٢] كما انه لم يتقرر له هذا الحق من جانب الشارع تقريراً نهائياً بحيث لا يمكن مساسه فيه ، بل هو حق موقوف عند حد انتفاء الضرر بالجار . فاذا أضرته المناور من حيث الانتفاع بها من جانب صاحبها انتفاعا ضاراً به ، أو أضرته عند شروعه فى البناء ، جاز له أن يمضى فى سبيل رفع الضرر اما بطلب السد واما باقامة الحائط ، ومن شأن اقامتها سد النافذة على صاحبها

وليس غرض الشارع من اباحة المناور تقرير حق قاطع مبنى على صلة دائمة بعقارين مع بعضهما البعض ، بل الغرض تقرير منفعة حيث لا ضرر منها على من تحمل بالمنفعة وذلك فى مصلحة الجوار. أى أن ذلك تسامح مقرر من جانب الشارع بالنيابة عن المالك . والتسامح حائل دون التملك بالتقادم كما رأينا وسنرى

فاذا ظلت المناور أكثر من ١٥ سنة قائمة فلا يملك صاحبها حق ابقائها الى ما لانهاية له . بل يجوز بعد مضى هذه المدة لمن أطلت عليه المناور أن يقيم حائطه بداره فيسد على جاره ما أقامه من المناور أكثر من ١٥ سنة . وله من باب أولى أن يقيم هذه الحائط فيسد بها المناور قبل مضى ١٥ سنة [٣]

١٤٦ — وما القول فى فتح الابواب على الجار ؟ فهل تأخذ حكم المطلات وتسرى عليها المادة ٣٩ / ٦١ مدنى أم تأخذ حكم حق المرور المنصوص عنه بالمادة ٤٣ / ٦٥ مدنى ؟ ان الغرض الاصلى من انشاء الابواب على أرض الجار انما هو المرور منها حتى تصل الدار بالشارع العام وليس الغرض الاصلى منها ادخال النور والهواء ولو انهما يدخلان فعلا ولكن باستعمال الباب للدخول والخروج . والباب وحده لا يكفى للانتفاع منه فى تحقيق الغرض الاصلى المنشأ من أجله بل لا بد له من طريق يسير فيه من يخرج ويدخل باستعمال الباب . وعلى ذلك يجب اعتبار

(١) ج ع ٣ ص ٥٦٨ ن ٥٩٥٣ — المحاكم ١١ ص ٢٤٢ تعليقات جلاد . مدنى ص ٢١ ن ٤ و٦ — م ر ١ ، ٤ ص ٢١٨

(٢) عياشى ص ٤٩ ن ٢٢١ — م ر ١ ، ٦ ص ٢١٩

(٣) مجموعة جمال الثانية ص ٢١٥ ن ٥٦٧

الباب فى ذاته من النوافذ . فاذا فتح باب على بعد متر أو أكثر فهو مشروع على شرط أن يكون هناك حق مقرر لصاحبه بالمرور بارض الجار . واذا فتح على مسافة أقل من متر فهو غير مشروع لسببين لانه نافذة منطبقة على شروط المادة ٣٩ ، ولانه من المحتمل أن يكون ذريعة الى المرور بأرض الجار بلا حق . فلابد حينئذ فى الحالتين من سده [1] واذا ادعى صاحب الباب بأنه فتحه لاجل الوصول الى الطريق العام وان فى سد الباب حرماناً له من المرور ، وجب عليه اقامة الدليل على وجود هذا الحق حق المرور لديه من طريق التراضى مع جاره أو من طريق القضاء . فاذا كان لاهذا ولاذاك وجب سد الباب ، وصاحبه هو وشأنه فى مقاضاة جاره بطلب ممر فى أرض هذا الاخير . فاذا تبين له أنه فى حل من المرور بأرض جاره فلا يستطيع مطالبته بتعويض ما [2]

## جـ — فى الالتزامات المتعلقة بالمسافات بين المزروعات وبعض المبانى

١٤٧ — قلنا ان حق الملكية مطلق بمعنى أنه يجوز للمالك الانتفاع بملكه بما لايخالف القانون واللوائح . واذا أخذنا بالاطلاق لترتب على ذلك انه يجوز للمالك أن يزرع أرضه بأشجار ربما تمتد جذورها وغصونها الى الجار فتعطل عليه انتفاعه هو الآخر بأرضه . وكذلك المالك لارض بناء اذا أقام بها أبنية مضرة بالصحة أو خطرة أو مقلقة فانه يترتب عليها اضرار مادية وأدبية تلحق الجيران لذا يرى الشارع أن يتدخل فى الامر حتى يحد الملكية فلا يجعلها تنطلق فى سبيل الانتفاع بلا قيد وشرط

(١) أنظر مع ذلك مجموعة جمال الاولى ص ٣٣٧ ن ٩٠٩ اذ اعتبر حكم جزئى الابواب من ضمن المناور المعدة لدخول الهواء والنور فأباح فتحها وأباح للجار رفع حائط يسدها . وقرر الحكم بأن صاحب الابواب لا يكتسب فتحها بمرور الزمن لان حق المرور منها حق غير مستمر لا يمكن تملكه بالتقادم

(٢) ج ع ٢ ص ٣٨٠ ن ٤٠٧٤ — مجموعة جمال الاولى ص ٢٣٨ ن ٩١٢

**من حيث المزارع** : لايوجد بمصرقانون يحدد من حق الملكية في حالة الزراعة وقرر القانون الفرنسي بالمواد ٦٧١ — ٦٧٤ أحكاماً تتعلق بهذه القيود مع مراعاة العوائد المحليـة واللوائح فيهـا . اذ فرق بين الاشجار الطويلة [١] والاشجار القصيرة [٢] وقرر بانه لا يجوز زراعة النوع الاول على بعـد أقل من مترين من الجار ولا الثاني على بعد أقل من نصف متر . ولا يوجد مثل هذه النصوص بمصر فما القول حينئذ اذا تسربت الجذور الى أرض الجار فأفسدت عليـه زراعته أو ضايقتـه على الاقل ؟ وما القول أيضاً فيما اذا خرجت فروع الاشجار بعيداً عن أرضها وظللت أرض الجار فحالت بين الشمس وزراعته أو ضايقته على الاقل ؟ .

نرى ان في ذلك اعتداء من صاحب الاشجار على ملكية جاره . اذ لا يجوز له وهو ينتفع بحق ملكيته ان يعتدى على آخر فيضره أو يضايقه . ولذا نرى أن للجار المضار الحق في المطالبة بتعويض نظير الضرر الذى حل به ، وحق طلب خلع الاشجار من منابتها وقطع الفروع الخارجة ، مع مراعاة العوائد الزراعية والعرف الزراعي . هذا وقد سبق لنا ان رأينا انه يجوز للجار ان يقطع بنفسه الجذور التى امتدت الى أرضه من غير ان يلجأ الى القضاء لانه يقع ان يحصل القطع وهو يفلح الارض ويعمل فيها بالحرث

هذا ما نقول به . وقد أيدنا القضاء المصرى في هـذا المبدأ اذ قرر القضاء المختلط ضرورة الرجوع الى قواعد العدل والانصاف فيما لم يأت به نص القانون فيما يتعلق بعلاقات الجوار في المزروعات : بمعنى انه يجب تقييد حق المالك بعدم الاضرار بجاره والاعتداء عليه [٣]

**١٤٨** — وما القول بشأن الاثمار التى تتساقط بطبيعتها من الافرع الممتدة على أرض الجار فهل يملكها عند سقوطها بأرضه أم لا تزال تعتبر ملكا لصاحب

---

(١) Arbres de haute tige

(٢) Arbres de basse tige أو Huies vives

(٣) استئناف م ٤ يناير سنة ٩٢٣ م ت ق ، ٣٥ ، ١٣٥ — المحاماة ٣ ص ٤٣٨ عدد ٣٧٢

الاشجار ؟ الصحيح أن تكون ملكا لصاحب الاشجار . ولكن الشارع الفرنسى قضى بعكسه ( المادة ٦٧٣ مدنى ) حتى يكون ذلك ذريعة للجارالتى وقعت بارضه الأثمار الى أن لا يطلب قطع الافرع

وهل يزول هذا الاعتداء بالتقادم ويصبح حقاً مقرراً لصاحب الاشجار ؟ تزول المخالفة بالتقادم وينقلب الاعتداء حقاً مؤيداً بالقانون . بمعنى أن الزراعة على مسافة أقل من المسافة القانونية ، كما يقول القانون الفرنسى ، من المسافة التى اعتاد عليها المزارعون بالعرف الزراعى الجارى بينهم ، تصبح حقاً لمن زرع فى أن يزرع على هذه المسافة غير القانونية . وهذا هو الحق الذى يجوز تملكه بالتقادم . فلا يجوز للجار المضار الزام خصمه بمراعاة المسافة القانونية أو العرفية بعد مضى مدة التقادم

وأما حق الجار فى قطع الجذور والفروع المتدلية على أرضه فهو حق لا يسقط بمضى الزمن [1]. وهذا التفريق بين النوعين هو ما قررته المادة ٦٧٢ مدنى فرنسى بالنسبة للحالة الاولى . والمادة ٦٧٣ بالنسبة للحالة الثانية . ولا نرى بأساً من الاخذ بهما فى القانون المصرى باعتبار أن الضرر الناشئ للزراعة من تدلى أغصان الاشجار ومن تسرب الجذور ضرر بليغ يؤثر على الزراعة . وعلى الاخص اذا رجعنا الى القاعدة الشرعية القائلة بأنه « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حديثاً » ( المادة ٦٠ من مرشد الحيران ) وقد أخذ القضاء المصرى بهذه التفرقة التى قالت بها المادتان ٦٧٢ و ٦٧٣ مدنى فرنسى ورجع فى تعليل الأخذ بها الى ما قرره « ابرى ورو » [2] أى الى العدالة والى أن نمو الافرع من فعل الطبيعة ، فيخرج من حكم الحيازة أحد شروط التقادم والى أن سكوت الجار تسامح منه ، وانه لا يمكن معرفة الوقت الذى نمت فيه الفروع بالدقة لتحديد مدة التقادم [3]

**١٤٩ — ومن حيث المسافات فى الابنية الضارة :** فان المادة ٤١/٦٣

---

(١) Droit imprescriptible (٢) ج ٢ ف ١٩٧ ص ٢١٢

(٣) جزئى ٨ نوفبر سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٣ ص ١٢ عدد ٨

مدنى قررت ما يأتى « محلات المعامل (١) والآبار (٢) وآلات البخار (٣) والمحلات المضرة بالجيران (٤) يجب أن تبنى بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة باللوائح على مقتضى الشروط المبينة بها » أى انه فيما يتعلق بهذه الابنية يجب الرجوع الى الاوامر الادارية المقررة بلوائح أو قرارات وزارية . من ذلك : المحلات المقلقة بالراحة والمضرة بالصحة والخطرة اذ هى خاضعة لقانون رقم ١٣ سنة ٩٠٤ وقرار تنفيذه فى ٢٩ أغسطس سنة ٩٠٤ والآلات الرافعة (٥) ( أمر عال فى ٨ مارس سنة ١٨٨٨ ) مهما كانت طريقة ادارتها بالهواء أو قوة الماء أو الكهرباء (٦) والآلات البخارية ( أمر عال فى ٥ نوفمبرسنة ٩٠٠ وقرار تنفيذه فى ٦ نوفمبرسنة ٩٠٠ ) والبرك والمستنقعات ( أمر عال فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٠ ) وانشاء العزب والزرائب ( قرار مجلس الوزارة فى ٢٢ يوليو سنة ١٨٨٩ والقانون النظامى رقم سنة ١٩١٣ بالمادة ٤١ اذ جعل أمر ذلك لمجلس المديرية )

أما القانون الفرنسى فان المادة ٦٧٤ قد تكفلت هى الاخرى بتقرير قاعدة عامة وهو أنه يرجع فى هذه المسافات الى اللوائح العامة والعرف الجارى فى البلاد واذا أعوز القاضى اللوائح والعرف وجب عيه تقدير الظروف ومراعاة العدالة والقانون الطبيعى

وتجب مراعاة ضرورة التفرقة بين المحظور لمصلحة خاصة والمحظور أو المنهى عنه للمصلحة العامة . فما كان خاصاً بالنوع الاول يصبح جائزاً بتراضى الطرفين ويصبح مملوكا بالتقادم . وهذا تأكيد لما قلناه فى أنه لا يكتسب حق بمضى المدة على ما هو موقوف للمنفعة العامة (٧)

---

(١) Usines (٢) Puits (٣) Machines à vapeur

(٤) Établissements nuisibles (٥) Machines étévatoires

(٦) م ت ق ، ٢ ، ١٨١ — م ر ١ ، ٢ ص ١٥٣ — م ر ١ ، ٢٦ ص ٢٧

(٧) س ، ٩١٣ ، ٢ ، ١١٨ — كولين وكابتان ج ١ ص ٧٥٥

## هـ — في الالتزام الخاص بحق مرور الجيران

### عند عدم وجود منفذ للطريق العام

**١٥٠** — أورد الشارع المصرى نصاً واحداً لحق المرور اذقرر بالمادة ٦٥/٤٣ مدنى ما يأتى : « لصاحب الارض[١] التى ليس لها اتصال[٢] بالطريق العمومى الحق فى الاستحصال على مسلك[٣] من أرض الغير للوصول الى الطريق المذكور ويكون الحكم بمعرفة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك وبتقدير ما يعطى مقدماً من تعويض فى مقابلة المسلك المذكور » وهذه المادة هى الوحيدة بالقانون المصرى فى حق المرور . أما القانون الفرنسى فقد أورد المواد ٦٨٢ — ٦٨٥ بعد أن تعدلت سنة ١٨٨١ . ولأهميتها بجانب المادة المصرية وبالنسبة للاعتبارات العملية نرى ادراجها هنا

المادة ٦٨٢ : « اذا لم يكن لعقارات المالك منفذ للطريق العام أو كان الممر غير واف لاجل استغلال العقارات ذراعياً أو صناعياً فانه يجوز له أن يطلب ممراً على أراضى جيرانه على شرط دفع تعويض يتناسب مع الضرر الذى ينشأ عن الممر المذكور »

المادة ٦٨٣ : « يجب أن يحصل الممر من الجهة التى يكون طوله فيها أقصر ما يمكن ابتداء من العقار المسدود — على أنه يلاحظ مع ذلك أن يحصل الممر بالجهة التى يجب أن يراعى فيها أقل ما يمكن من الاضرار بالارض التى يحصل فيها الممر »

المادة ٦٨٤ : « واذا كان عدم وجود المنفذ راجعاً الى تقسيم العقار بسبب بيع أو بدل أو قسمة أو أى عقد آخر فانه لا يجوز طلب الممر الا على الاراضى التى كانت محلا لاحد العقود السابقة — على أنه اذا تبين مع ذلك أنه لا يمكن

---

(١) Propriétés (٢) Enclavées (٣) Droit de passage

ايجاد ممر كاف ، وجب الاخذ حينئذ بالمادة ٦٨٢ »

المادة ٦٨٥ : « ان متسع الممر طولا وعرضاً [1] وطريقة الانتفاع [2] بحق الارتفاق هذا الخاص بالممر ، يتعينان تعييناً ظاهراً بمرور ثلاثين سنة والانتفاع قائم بطريقة مستمرة — وتسقط بمضى المدة دعوى التعويض الواردة بالمادة ٦٨٢ أما حق المرور فانه يظل باقياً برغم عدم صحة قبول دعوى التعويض »

هـذه المواد المصرية والفرنسية فى حق المرور ، وهو ذلك الحق الذى كان له ولم يزل من الشأن فى عالم العمل والقضاء ما تضاربت بشأنه الأحكام وتعارضت فيه الآراء ، كما سيتبين بعد

والاصل أن للمالك الحق فى أن يأبى على الغير حق المرور بأرضه التى يملكها سواء كان المرور فوق الارض أو تحت الارض . ولعلنا نذكر بعد ما سبق أن قررناه بشأن القيود التى يجب أن تراعى فى هذا الشأن فى أن حق الملكية فى هذه الحالة ليس من الاطلاق الذى لا حد له بحيث يحول دون انتفاع الغير بالمنطقة الجوية المرتفعة كثيراً عن سطح الارض ، والمنطقة الأرضية المنخفضة كثيراً تحت الارض . وربما تجرى العادة أحياناً انه يجوز لمن انساب منه شىء فى تيار جار من الماء أن يدخل أرض الغير ليأخذ شيئه [3] . وحق المرور هذا هو مظهر من مظاهر قيود حق الملكية فيما اذا استحال أو تعـذر مرور صاحب الأرض المسدودة الى الطريق العام

وتعتبر الارض مسدودة [4] اذا لم يكن لها منفذ ما يصلها بالطريق العـام . ومن شأن عدم وجود المنفذ أن يعطل على المالك استغلاله لأرضه وعقـاره ، والعقار بلا منفذ يصبح معدوم القيمة ما دام أن المالك لا يستطيع الدخول اليه والخروج منه . لذا أوجب الشارع على الجيران المالكين الزامهم بترك جارهم البعيد

(١) Assiette (٢) Mode (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٦٥٥
(٤) Fonds enclavé أو Enclave

عن الطريق العام فى أن يشق له بأرضهم طريقاً يكون ممراً من عقاره واليه . وقرر لهم فى مقابل ذلك تعويضاً [١] يتقاضونه منه

ولقد أثار حق المرور مسئلتين طال حولها الجدل . وهما تقرير حق الممر وكيفية تنظيمه

## § ١ — المسئلة الاولى : متى يتقرر حق المرور

١٥١ — اذا قارنا بين المادة ٤٣ المصرية والمادة ٦٨٢ الفرنسية لوجدنا أن الشارع المصرى أطلق تقرير حق المرور عند عدم وجود المنفذ . ولم يبين لنا ما اذا كان المقصود من عدم وجود المنفذ الاستحالة المطلقة فى الاتصال بالشارع أو مجرد وجود صعوبة فى الاتصال بأن كان طريق المرور لا يأتى بالنتائج المرجوة لاستغلال العقار استغلالا طبيعياً كاملا . وكان هذا النص المصرى يحكى النص الفرنسى قبل تعديل الاخير سنة ١٨٨١ . ولذا قام الخلاف بفرنسا عما اذا كان طريق المرور مباحاً فقط فى حالة عدم وجود منفذ بالمرة أو انه مباح أيضاً فى حالة عدم كفاية طريق المرور . الا أن القضاء الفرنسى كان يأخذ بجواز طريق المرور من الوجهة العامة سواء كان المنفذ غير موجود بالمرة ، أو كان موجوداً ولكنه غير كاف لاستغلال العقار [٢] وجاء الشارع الفرنسى وعدل المادة ٦٨٢ سنة ١٨٨١ بما يتفق مع رأى القضاء رفعاً للخلاف . وهنا نرى ضرورة تفسير المادة المصرية تفسيراً يتفق مع الرغبة الاصلية للشارع فى أن الاصل فى وضع المادة ٤٣ هو ترويج الاستغلال والعمل بأكبر ما يمكن أن تنتجه الارض بلا كبير ضرر على الجيران . أى أن المادة المصرية تنصرف أيضاً الى جواز طلب الممر اذا كان الممر الموجود الآن لا يكفى فى استغلال العقار استغلالا كاملا وهو ما ذهب اليه القضاء المصرى [٣] وأما اذا كان طريق المرور الموجود من قبل غير مناسب [٤]

---

(١) Indemnité (٢) ذ ، ٧٩ ، ١ ، ٤٥٩ — س ، ٧٩ ، ١ ، ٢٥٤

(٣) ج ع ٢ ص ٣٨٠ ن ٤٠٧٥ — وانظر أيضاً ج ع ٢ ص ٣٨٠ ن ٤٠٧٣ و٤٠٧٩

(٤) Incommode

فلايجوز تقرير حق الارتفاق على أرض الجار . وكذلك الحال فيما اذا استطاع المالك أن ينشئ ممراً للطريق العام بأرضه حتى ولو كانت مصاريف انشاء هذا الطريق غير متناسبة بالمرة مع قيمة استغلال الارض[1] ويعتبر العقار مسدود المنفذ أيضاً فيما اذا كان له منفذ من قبل على الطريق ثم أصبح هذا الطريق غير مطروق[2]

وحق ارتفاق المرور جائز على العقار حتى ولو كانت هذه الارض مسورة[3] اذ يجب على صاحبها أن يفتح منفذاً فى السور كباب لصاحب الارتفاق حتى يمر منه الى الطريق العام وأن يسلمه مفتاح الباب

ويقرر حق المرور على الارض المجاورة سواء كانت من الاملاك العامة أو أملاك الحكومة الحرة . اذ تستوى الاراضى المحملة بحق الارتفاق هذا عامة كانت أو حرة أو خاصة

## § ٢ — المسئلة الثانية : تنظيم الممر

**١٥٢** — تتناول هذه المسئلة بحثين : البحث الاول : فيما اذا كان العائق طبيعيا . والبحث الثانى : فيما اذا كان العائق غير طبيعى

### البحث الاول : فيما اذا كان العائق طبيعيا

**١٥٣** — والقول هنا يتناول أمرين : الامر الاول كيفية تنظيم الممر، الامر الثانى التعويض المطلوب عليه

### الامر الاول : كيفية تنظيم الممر

**١٥٤** — يراد أولا بالعائق الطبيعى[4] ما اذا كانت الارض طالبة حق الارتفاق بعيدة بطبيعتها وطبيعة وجودها عن الطريق العام . فى هذه الحالة يجب

---

(١) ج ع ٢ ص ٣٨١ ن ٤٠٧٤ و ن ٤٠٧٧ — قارن مجموعة جمال الاولى ص ٣٣٨ ن ٩١١

(٢) Impraticable

(٣) Clos

(٤) Enclave naturelle

أن يمر الطريق بالجهة التي تدعو الى أقل التكاليف الممكنة . أى بأقرب الطرق الى الطريق العام ( المادة ٤٣/٦٥ مدنى ) ولا يعتبر ان هناك حائلا طبيعياً اذا تسبب المالك نفسه فى احداث هذا الحائل بفعله هو لا بفعل الطبيعة [1] مع ملاحظة تخير الطريقة التى لا يترتب على الأخذ بها ضرر كبير بالعقار المحمل بحق الارتفاق (المادة ٦٨٣ فقرة ٢ فرنسى) . ويجوز للقضاء ان يتخير لحق المرور عقاراً ، غير العقار الذى يكون فيه طريق المرور أقصر ما يمكن ، اذا تبين بأن تكاليف المرور به أقل وان الاضرار الناشئة عن شق طريق المرور أخف بالنسبة لصاحب هذا العقار الذى سيتحمل حق الارتفاق هذا [2] كما اذا كان يجاور العقار صاحب حق الارتفاق عقاراً مشغولا بمستشفى أو مدرسة أى عقاراً من الاملاك العامة ، ويجاور أيضاً عقاراً مملوكا لفرد من الافراد . اذ يحسن فى هذه الحالة شق طريق المرور بالارض المملوكة للفرد وترك الارض مشغولة بالبناء المخصص للمنفعة العامة اذ المرور به ليس من السهولة بحيث يستطاع فيه المرور فى الارض المملوكة ملكا خاصاً [3]

## الامر الثانى : فى مقدار التعويض

**١٥٥** — يقدر التعويض بمعرفة القضاء ( المادة ٤٣/٦٥ مدنى ) وبنسبة الاضرار التى نزلت بصاحب العقار المثقل بحق الارتفاق ( المادة ٦٨٢ فرنسى فى آخرها ) ويقول الشارع الفرنسى بالمادة ٥٤٥ مدنى أن يكون التعويض عادلا [4] ومقدماً [5] والمراد بكلمة مقدماً أن يحصل تقدير التعويض قبل انشاء حق الارتفاق ويجوز ان يكون التعويض مبلغاً من المال يدفع مرة واحدة أو يدفع بمثابة مرتب طول الحياة [6]

---

(١) جج ع ٢ ص ٣٨١ ن ٤٠٧٦ — المادة ٦٨٣ فقرة أولى مدنى فرنسى

(٢) د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٦٣ — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ١٦

(٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٥٧

(٤) Juste

(٥) Préàlable

(٦) كولين وكابتان ص ٧٥٧

ويشترط القانون المصرى بالمادة ٤٣/٦٥ أن يكون تقدير التعويض مقدماً ، ولم تشترط ذلك المادة ٩ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ٩٢٣ اذ تقول « . . . . وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا »[1] انما أجاز قانون نزع الملكية بمصر ، المختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٦ رقم ٢٧، والاهلى فى ٢٤ ابريل سنة ٩٠٧ رقم ٥ ، بالمـادة ٢٢ بأنه فى حالة الاستيلاء مؤقتاً يجب تقـدير التعويض بمعرفة المدير أو المحافظ . فاذا عارض صاحب العـقار المنزوع فى التعويض أودع المبلغ بخزينة المحكمة وسار الخصمان فى دعوى التقدير بالطريقة المبينة بهذا القانون .

ويجرى القضاء المصرى على ضرورة تقدير التعويض مقدماً ودفعه مقدماً كذلك بحيث لا يمكن طالب حق المرور من المرور بارض جاره الا اذا دفع التعويض مقدماً وكاملا [2] وهو وجيه يجب الاخذ به فى تقديم التقدير والدفع قبل الانتفاع بالمرور

وللاحكام التى قررناها هنا بشأن الشروط اللازمة لتقرير حق الارتفاق وتنظيمه استثناءات هامة تتعلق بالتقادم وردت بالمادة ٦٨٥ مدنى وفرنسى . وهى استثناءات عامة لاحكام عامة . أى أن المادة ٦٨٥ المذكورة انما تقرر هى الاخرى قواعد عامة يجب الأخذ بها

ففيما يختص بتنظيم حق ارتفاق المرور يحصل ان صاحب حق الارتفاق يظل طول مدة التقادم ، وهى ١٥ سنة بمصر و٣٠ سنة بفرنسا ، يستعمل حق المرور فى طريق معين أكثر ضرراً وأطول طولا من الطريق الذى كان يجب تقريره فيما اذا حصل تراض بين الطرفين أو فيما اذا التجأ الى القضاء . فى هذه الحالة يقال بأن صاحب الارتفاق يكتسب بطول الزمن الكيفية التى حصل بها طريق المرور ولو انها ضارة بالمالك المثقل بحق الارتفاق . ويسقط عن هذا المالك الاخير حق المنازعة فى أمر تنظيم هذا الحق ، ذلك التنظيم الذى ظل مدة التقادم قائما ينتفع به صاحبه كما هو ولا يحرك المالك المحمل به ساكناً . وهذا هو ما قررته المـادة

(١) Juste indemnité (٢) تعليقات جلاد على المادة ٤٣ ص ٢٣ ن ٦ — مجموعة جمال الاولى ص ٣٣٧ ن ٩٠٩ وص ٣٣٨ ن ٩١٢

٦٨٥ بفقرتها الاولى حيث قالت : « ان متسع الممر طولا وعرضاً [١] وطريق الانتفاع [٢] بحق الارتفاق هذا الخاص بالممر ، يتعينان تعييناً ظاهراً بمرور ثلاثين سنة والانتفاع قائم بطريقة مستمرة . . . . » فاذا ظل المرور بكيفية خاصة مدة ١٥ سنة سقط عن المالك المحمل بالارتفاق حق التظلم والمعارضة ، أى أصبح ولا يملك حق طلب تنظيم الارتفاق فى طريق آخر أقل تكاليف وأقصر من الطريق الحاضر حتى ولو تبين بأن الطريق الحاضر انما هو أنفع لمالك الارض صاحبة الارتفاق من حيث التحسين والزينة فقط [٣]

**١٥٦ — هل هذا التقادم مكسب أم مسقط** ؟ وهنا يحصل التساؤل الآتى : هل التقادم هذا تقادم مكسب [٤] أو تقادم مسقط [٥] ؟ أو بعبارة أخرى هل بمرور الزمن المقرر قانوناً وهو ١٥ سنة يعتبر أن صاحب الارتفاق اكتسب حقا بالتقادم ( المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى و ٢٢٦٢ فرنسى ) أم أن صاحب الارض المحملة بالارتفاق هو الذى قد خسر حقه بفعل الزمن ( المادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى و٢٢٦٢ فرنسى ) ؟ يظهر أن الرأى الاصح الذى يتفق مع العقل أن يقال بأن الذى تم انما هو التقادم المسقط . لان المادة ٦٨٤ بفقرتها الاولى انما أرادت أن تقرر بأن حق المالك المحمل بالارتفاق فى تعيين موضع المرور وتنظيمه قد زال عنه وسقط حوله بمرور الزمن فلا يملك بعد التقادم حولا وقوة قانونية فى طلب تعيين طريق المرور وتنظيمه [٦] ويترتب على الاخذ بهذا الرأى القائل بالتقادم المسقط أنه اذا زال العائق الذى كان حائلا بين الارض صاحبة الارتفاق والطريق العام ، زال معه حق المرور من أرض الجار المحمل بالارتفاق برغم حصول التقادم ما دام ان أثر التقادم هنا انما كان منصباً ومنصباً فقط على كيفية الممر وعلى كيفية تنظيمه [٧]

---

(١) Assiette (٢) Mode (٣) Commodité

(٤) Prescription acquisitive (٥) Prescription extinctive

(٦) ويقول بهذا الرأى كولين وكابتان ج ١ ص ٧٥٧ وأقرهما على ذلك قضاء الاستئناف الفرنسي زمناً طويلا

(٧) Assiette

**١٥٧ — هل يجوز استرداد التعويض عند زوال العائق الحائل دون الوصول للطريق العام ؟** هذا من حيث تنظيم حق الارتفاق بالمرور وكيفية تعيين طريقه . وأما من حيث التعويض فقد كان الخلاف قائما فيما اذا كان من الجائز لصاحب الارض المقرر لها الارتفاق الحق فى استرداد التعويض اذا زال العائق الذى كان يحول بينه وبين الطريق العام باعتبار أن التعويض علة للمرور وحيث لا ممر فلا تعويض أى أن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً ، أم لا يجوز الاسترداد ، باعتبار أن ما دفع بالشروط القانونية لا يجوز استرداده . ولما اشتد الخلاف حسم فيه النقض الفرنسى وقرر عدم جواز استرداد التعويض وهو يستند فى مذهبه الى أن المادة ٦٨٤ بفقرتها الاولى لا تقرر تقادما مسقطا انما هى تقرر تقادماً مكسباً ( ويقرر القضاء المصرى المختلط بأن التقادم مكسب فيما يتعلق باكتساب حق الارتفاق . وأما زوال حق المطالبة بالتعويض عن المالك المحملة أرضه بالارتفاق فهو تقادم مسقط والخلاف فى الأول لا فى الثانى[1]

ومعنى ذلك أنه اذا ظل صاحب حق الارتفاق مدة التقادم القانونى وهو يستعمل طريق المرور بطريقة ونظام معينين بحيث لم يعترض معترض ذو حق فى الاعتراض ، أصبح صاحب المرور بعد التقادم وقد اكتسب حق المرور بما يحكى اكتسابه له بعقد بالتراضى مع جاره المحمل بالارتفاق فيما لو حصل ذلك بالاتفاق وعلى ذلك اذا زال العائق فان زواله لا يؤثر تأثيراً ما على ما اكتسبه صاحب الارتفاق بل يظل منتفعاً بالطريق الذى اكتسبه اكتساباً نهائياً بمرور الزمن ، مع أن السبب فى هذا الحق كما رأينا انما هو العائق عند ما كانت الأرض بعيدة عن الطريق العام[2]

هذا ما يتعلق بالاستثناء الأول للمادة ٦٨٥ مدنى فرنسى

(١) ج ع ٢ ص ٣٨١ ن ٤٠٧٨

(٢) د ، ١٩٠٥ ، ١ ، ٧٤ — س ، ١٩٠٤ ، ١ ، ٢٤٦ — كولين وكابتان ج ١ ص ٧٥٧ و٧٥٨ هذا ويلاحظ أن هذين المؤلفين لم يأخذا بهذا الرأى وقررا عكسه فيما يتعلق بعدم جواز تملك حق المرور بالتقادم لان حق المرور يعتبر من حقوق الارتفاق المتقطعة

وأما الاستثناء الثانى فهو ما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة ٦٨٥ مدنى فرنسى اذ قررت ما يأتى : « وتسقط بمضى المدة دعوى التعويض الواردة بالمادة ٦٨٢ . أما حق المرور فانه يظل باقياً برغم عدم صحة قبول دعوى التعويض »

ويظهر أن الذى يستفاد من هذه الفقرة أن الحق الذى أصابه التقادم انما هو حق صاحب الارض المحملة بالارتفاق [1] ، أصابه فأسقطه . ويحصل ذلك اذا ظل هذا المالك مدة التقادم لا يطالب بتعويضه من وقت ظهور حق المرور فى عالم الوجود [2] ولا شك أن التقادم هذا تقادم مسقط ولا محالة . ومع سقوط حق المطالبة بالتعويض فان الارتفاق قائم لا يسقط بسقوط التعويض

كل هذا فيما يتعلق بالعائق لو كان طبيعياً . ولنتكلم الآن عما اذا كان العائق غير طبيعى

## المبحث الثانى : فيما اذا كان العائق غير طبيعى

١٥٨ — أردنا بالعائق الطبيعى أن تكون الارض وجدت بطبيعتها ولا منفذ لها يصلها بالطريق العام كما بينا . وأما الحائل غير الطبيعى فهو أن تكون الارض فى أصلها وبطبيعتها واصلة الى الطريق العمومى ولكن ملاكها تصرفوا فيها تصرفا كان من نتائجه أن أصبح المالك لبعضها أو لكلها محروماً من طريق الاتصال بالطريق العام . وفى ذلك تقول المادة ٦٨٤ مدنى فرنسى : « واذا كان عدم وجود المنفذ راجعاً الى تقسيم العقار بسبب بيع أو بدل أو قسمة أو أى عقد آخر فانه لا يجوز طلب الممر الا على الاراضى التى كانت محلا لاحد العقود السابقة » فى هذه الحالة لا يعتبر الحائل حاصلا بفعل الطبيعة . بل هو بفعل المتعاقدين على القسمة أو البدل أو البيع كلا أو بعضاً . وكما أن اباحة أخذ منفذ الى الطريق العام أمر قرره القانون فى حالة الحائل الطبيعى ، فان اباحة أخذ هذا المنفذ الى الطريق العام فى حالة التعاقد الاخير أمر مستفاد من طبيعة هذا التعاقد

(١) Propriétaire assujetti (٢) بلانيول ج ١ ن ٢٩٢٢

ومندمج فيه ، وكأن المتعاقدين قد تعاقدوا ضمناً أيضاً على أن يتركوا لمن حال بينه وبين الطريق العام حائل منفذاً يصل به الى هذا الطريق العام ، باعتبار هذا التعاقد الضمنى نتيجة حتمية لالتزام الضمان [1] الذى يلتزم به كل عاقد قبل الآخر فى أن يضمن للآخر تمام التمتع بحق الانتفاع بلا عائق وحائل لان المنفذ بالارض قبل قسمتها كان فى مصلحة جزئيات هذه الارض . فلكل من أقام بجزئية منها أن يمر بالمنفذ الى الطريق العام . ويستحيل عقلا أن يفوت المتقاسمين عند القسمة أمر الاتصال بالطريق العام ولا سبيل للاتصال الا الى هذا المنفذ . ويقول البعض فى هذا الموطن أن حق الارتفاق كان موجوداً من قبل وقبل القسمة ولكنه كان مستوراً بسبب تعدد الملاك فلما انفصلوا ظهر حق الارتفاق وبان فى عالم الوضوح والرؤية . ومهما تعددت أسباب وجود حق الارتفاق فان القاعدة واحدة ويترتب عليها النتائج الآتية :

١ ) ان الممر لا يكون الا فى الأرض التى حصل عليها التعاقد كما نصت بذلك المادة ٦٨٤ مدنى فرنسى . وذلك يرجع لما قررناه فى أن العاقدين فى تعاقدهما وبما نشأ عنه من وضع أحدهما فى حالة يستحيل معها استغلال عقاره ، انما أرادا ضمناً أن يمكن الواحد منهما الآخر من الاستغلال والاتصال بالطريق العام . أما اذا كانت الاستحالة فى الاتصال بالطريق العمومى استحالة مادية [2] وكان الممر لا يكفى الكفاية اللازمة فى الاستغلال ، وجب الرجوع حينئذ الى المادة ٨٦٢ القائلة بالمنفذ الى الطريق العام اذا كان الحائل طبيعياً كما تقدم

٢ ) ليس لحق المرور الناشئ عن التعاقد تعويض ما . ذلك لان الجار المحمل بالارتفاق لم يتحمل بهذا الالتزام الا لانه ملتزم به من قبل أى وقت التعاقد فى أن يعمل على تمكين المتعاقد معه من الانتفاع بعقاره انتفاعا كاملا . وعلى ذلك فهو فى تمكين المتعاقد معه من المرور انما ينفذ التزاماً اشتغلت به ذمته من قبل

(١) Oblig. de garantie

(٢) Impossibilité matérielle

٣) اذا زال الحائل الناشىء عن التعاقد بأن كان سبب الزوال ناشئاً عن انشاء طريق عام جديد ، أو ناشئاً عن ربط العقار ، المسدود بالتعاقد ، بعقار آل الى صاحبه بالميراث أو بغيره ، أو ربطه بعقار متصل بالطريق العام ، فانه مما لا شك فيه أن حق المتعاقد فى طلب الممر حق قائم لم يزل لانه حق موعود به من قبل العاقد الآخر . والمفهوم أنه مقوم بالعقد ودخل ضمن مقوماته[1]

هذه هى القاعدة وهذه نتائجها فى أن حق الارتفاق بالمرور حق ثابت لمن أعوزه المنفذ الى الطريق العام فى عقد قسمة او غيره ، ويظل الحق باقياً حتى ولو أنشىء فيما بعد طريق اتصلت به الارض المقسومة فلا يملك الشريك المحملة ارضه بالمرور ان يطلب ازالة الطريق . كل ذلك لانه من المفروض ان العاقدين قد قوموا هذا الممر فى عقدهم واقاموا له شأنا ولو انه غير ظاهر فيه ولكنه مندمج فيه ولا محالة

هذه القاعدة ونتائجها انما تقررت طبقا للاصول العامة للقانون . وعلى ذلك يجب الاخذ بها ولو لم يرد لها نص بالقانون المصرى لانها مع انطباقها على المبادئ العامة القانونية فانها تتفق أيضاً مع العدالة والقانون الطبيعى

**١٥٩ — القضاء المصرى** — ولكن القضاء المصرى سار فى غير هذا الطريق ولم يشأ أن يقرر بقاء حق المرور المندمج ضمناً بالعقد اذا كان للارض المقسومة منفذ آخر للطريق العام . قال بذلك وهو يستند الى القاعدة الأولى الاصلية فى ان لا طريق للمرور حيث هناك منفذ وما دام ان المنفذ موجود فلا محل لطلب منفذ آخر[2] وقرر بأنه لا يطلب هذا المنفذ الا اذا كان الحق فيه محفوظا بالعقد وهو قول لا يتفق والمبادىء القانونية لان حفظ الحق فى طلب منفذ بمقتضى عقد القسمة أمر مندمج فى روح العقد كما قلنا ولان كلا من المتقاسمين التزم به بالعقد

---

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٥٨ — ٧٥٩

(٢) مجموعة جمال الاولى ص ٣٣٨ ن ٩١١ — تعليقات جلاد ص ٢٣ ن ٥ — م ر ١ ، ٨ ص ٦٤

ضمنا أو صراحة . بأنه يمكن الآخر من الانتفاع والاستغلال . وان هذا الالتزام الضمنى أو الصريح التزام مقوم بالعقد قد روعيت ظروفه واعتباراته عند ما وقعت القسمة . وربما يصح رأى القضاء المصرى هذا اذا كانت ظروف عقد القسمة تنم عن التنازل عن حق المطالبة بالمرور فى الطريق الموجود من قبل بالقطعة كلها قبل قسمتها سواء كان التنازل ضمنا أو صريحا وهذا متعذر الوقوع ، وفى هذه الحالة ينعقد عقد القسمة دون أن يقوم حق الارتفاق هذا ، وانه مما ينم عليه هو سبق وجود منفذ آخر عند القسمة غير المنفذ الموجود من قبل بالارض قبل قسمتها . ان صح هذا الظن فهو يؤيد القواعد والنتائج السابقة التى قررها القانون الفرنسى ولا يخالفها فى شىء منها

هذا وسواء كان الحائل طبيعياً أو غير طبيعى فحق المرور ارتفاق أى مشروع لخدمة الارض بالذات لا لصاحبها فهو وقف عليها لا عليه . وعلى ذلك لا يعتبر حقاً عينياً قابلا للتصرف فيه تصرفا منفرداً . ولا يجوز الانتفاع منه لمصلحة أرض أخرى بل يجب على صاحبه السعى فى الحصول على منفذ آخر . وهو حق خاص بالمالك بالذات أو لكل من له حق عينى على الارض كالمنتفع . أما المستأجر فلا لأن حقه شخصى على العقار [1] بل يجب الالتجاء لمالك العقار

## و — فى القيد الخاص باحاطة الملك بسور

١٦٠ — المالك حر فى أن يعمل لملكه سوراً أم لا يعمل وهو لا يكره على ذلك لان حرية تسوير ملكه أو عدم تسويره راجع الى حرية حق المالك . والامر فى ذلك صريح لا يحتاج لنص . الا ان القانون الفرنسى قرر بالمادة ٦٤٧ مدنى ما يأتى : « لكل مالك الحق فى أن يعمل سوراً لملكه » وما كانت هناك حاجة ماسة الى وضع هذا النص الا اذا كان قد أريد به غرض تاريخى يرجع لعهد الاشراف وزمن الاقطاعات[2] اذ كان هذا الحق مقيداً بقيدين ممقوتين : حق

(١) بودرى المطول مع شوفو ن ١٠٤٩ (٢) Temps féodaux

الصيد والقنص[١] وحق تعقب أثر الغير[٢] فجاءت هذه المادة وقضت بنصها على ما كان معروفا من قبل . وما كانت الحاجة ماسة اليه بعصر حتى ينص عليه .

على أن حق التسوير كان مقيداً هو الآخر لعهد قريب بحق مرور الاهالى من مديرية الى مديرية بأراضى بعضهم البعض[٣] وحق رعى الاغنام بالاراضى عند خلوها من الزرع[٤] . ولم يخرج هذا القيد عن كونه مظهراً من مظاهر الشيوع فى الملكية[٥] فى الاسرات الجرمانية القديمة . وكان الفقراء يستعينون به فى تربية الأغنام بأراضى الغير . ويقضى القانون الفرنسى بالمادة ٦٤٨ مدنى أن من يسور أرضه يفقد من حقى المرور والرعى بقدر ما سوّر . على أن الشارع الفرنسى قرر بقانون له فى سنة ١٨٨٩ ابطال حق المرور وأبقى حق الرعى لمن شاء اذا قدم طلباً بذلك

ولم يرد لهذه النصوص شبيه بالقانون المصرى . ولذا يجب الرجوع هنا الى القواعد القانونية العامة والى ما قرره العرف وتسامح فيه الاهالى من تبادل المنافع والمصالح بينهم . اذ يبيحون لبعضهم البعض الحق بالمرور فى أراضيهم اذا خلت عن الزرع ، وللغنامين بأن ترعى أغنامهم الاراضى اذا خلت عن الزراعة فتصيب منها سباخا مصلحاً للارض بعد تنقيتها من بقايا الزرع

أما حق التسوير فهو حق مطلق لصاحبه ، ان شاء أقام لملكه سوراً وان شاء تركه بلا سور . انما اذا تعلقت للغير مصلحة مقررة بحق على هذا الملك غير المسور كحق المرور مثلا فلا يملك صاحب الملك حق المساس بحق الارتفاق هذا ولا العمل على التعطيل منه . وعلى ذلك لا يجوز له أن يقيم لملكه سوراً الا بالقدر الذى لا يلحق صاحب حق الارتفاق أذى منه مطلقاً . أى أن الاطلاق فى حق الملكية مقيد بمصالح الغير

---

(١) Droit de chasse
(٢) Droit de poursuite
(٣) Droit de parcours بفرنسا
(٤) Droit de vaine pature
(٥) Copropriété

انتهينا الآن من بيان القيود السلبية الخاصة بحق الملكية ، أى ما يجب على المالك أن يمتنع عنه . ولننظر فى القيود الايجابية الخاصة بهذا الحق أى ما يجب على المالك عمله

## ٢ — النوع الثانى . القيود الايجابية

## فى الالتزامات المقررة على المالكين

**١٦١** — هذه الالتزامات هى ما يلتزم بالقيام بها المالك . وهى الالتزام الخاص بوضع حدود لملكه والالتزام الخاص بتسوير ملكه

### ١ — الالتزام الخاص بوضع حدود للملك

**١٦٢** — هذا الالتزام الخاص بوضع حدود للملك [1] هو مايقوم به المالك من وضع علامات بآخر حدود ملكه الملاصق لملك الجار تمييزاً الملكين عن بعضهما البعض . والغرض من تعيين الحدود منع الخلافات التى يمكن أن تقوم فيما بعد بين الجارين بشأن حدود الملكين فيدعى أحدهما ان حده هنا ويقول الآخر بأنه هناك . لذا يلزم كل مالك ، اذا طلب جاره ذلك ، أن يحدد ملكه بأن يقيم على أطرافه علامات مميزة له عن ملك الجار . ولذا نصت المادة ٦٤٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يجوز لكل مالك الزام جاره بوضع حدود لملكه الملاصق له . ومصاريف وضع الحدود يتكفل بها الجاران المتلاصقان » ولم يكن لهذه المادة نظير فى القانون المصرى ولكن يجب الأخذ بها لسببين :

أولا — انه عند عدم وجود حدود بين الطرفين لا ينضب مصدر الخلاف بين الجارين ولا بد لهما أن يختصما الى القضاء ولابد لهذا الاخير أن يقر كلا منهما فى ملكه بتعيين حدود عقاره بطريقة تفصل الملكين عن بعضهما فصلا مميزاً لا ينشأ عنه خلاف فيما بعد

(١) Bornage

ثانياً — ان قانون المرافعات قرر بالمادة ٢٦ / ٢٩ بالفقرة الثالثة ما يأتي : ( وذلك لمناسبة بيان اختصاص القاضي الجزئي اختصاصاً نهائياً فيما لا يزيد عن ٢٠ ج م واختصاصاً قابلا للاستئناف فيما زاد عن ذلك بلغ ما بلغ ) « . . . ويحكم أيضاً متى كانت الملكية غير متنازع فيها في الدعاوى المتعلقة بتعيين حدود العقار [1] وفي الدعاوى المتعلقة بتقدير المسافات المقررة قانونا [2] أو نظاماً [3] أو اصطلاحا [4] فيما يختص بالابنية أو الأعمال المضرة أو المغروسات » . وهذا النص من جانب قانون المرافعات مؤيد لما قررناه بأنه اذا اختلف الجاران في الحدود ، دون الملكية ، وهذا هام ، اختصما الى القضاء ففصل في أمر الحدود وأمر بتبيينها بمصاريف يتكفل بها الجاران المتنازعان . وقد جرى القضاء المصري على الأخذ بما نقول من أنه يجوز الزام الجار على وضع حدود لملكه فان لم يفعل جازت مخاصمته واكراهه على الالتزام قضاء [5] وتجب ملاحظة أن المصاريف مناصفة بين الجارين فيما يتعلق بالمصاريف القضائية للدعوى أي رسومها . وأما مصاريف الخبير وأتعابه فان توزيعها يراعى فيه نسبة ملك كل واحد للآخر وذلك في حالة ما اذا تعلقت بمسح العقارين [6] وتكون مناصفة اذا اقتصرت أعمال الخبير على مجرد وضع العلامات المميزة للحدود . هذا كله فيما اذا كانت المصاريف هذه ناشئة عن عملية وضع الحدود برضاء الطرفين [7] . وأما اذا اختصما الى القضاء وتنازعا في أمر الحدود وجب الرجوع الى القاعدة العامة ، في ان المصاريف برمتها وعلى اختلاف أنواعها بما فيها أتعاب المحاماة على من خسر الدعوى ، المقررة بالمادة ١١٣/١١٨ مرافعات و ١٣٠ فرنسي [8]

---

(١) Action en bornage (٢) Distance fixée par la loi

(٣) Règlement (٤) Usage (٥) ج ع ١ ص ٣٣٩ ن ٤٣٥١

(٦) Arpentage كولين وكابتان ج ١ ص ٧٦٠

(٧) Bornage amiable (٨) د ، ١٩٠٩ ، ١ ، ٢١٢ — س ، ١٩٠٩ ، ١ ، ١٦ — عياشي ص ٣٦٥ ن ١٦٥٨ — الصفحة المذكورة من كابتان

١٦٣ — ولا تقبل دعوى تحديد العقارين المتلاصقين الا اذا كانت خالية عن النزاع فى الملكية . بمعنى انه اذا اتفق كل من الطرفين على مقادير مساحات كل أرض من الارضين واختلفا فقط فى كيفية وضع الابعاد والعلامات ،قبلت دعوى فصل الحدود . وأما اذا أسفرت هذه الدعوى على نزاع فى الملكية بأن اختلفا فى الحدود بعد اختلافهما فى مقادير ما يملكه كل منهما من المساحات ، وجب أولا الفصل فى دعوى النزاع فى الملكية وحسم النزاع فيما يتعلق بمقادير الملكية ، تلك المقادير التى تنم عليها الحدود الطبيعية كجسر أو ترعة عامة . وأما الحدود الاخرى التى لم تكن ثابتة مثل ترعة خصوصية أو أحجار غير نافذة الى الارض كثيراً ، فترفع عنها دعوى فصل الحدود اذ فى هذه الحالة يسهل الفصل فيها لان مقادير الملكية تعينت أخيراً بدعوى الملكية ، ولان تحديد الارض فى دعوى النزاع فى الملكية بحدود طبيعية أمر يسهل الفصل فى دعوى فصل الحدود ، لان الفصل فيها لا يتناول الا وضع حدود بشأن الحدود التى لم ينم عليها حد ثابت كما ذكرنا . لذا نرى فى مجال العمل ان دعاوى فصل الحدود نادرة لانها تستحيل دئماً وأبداً الى نزاع فى الملكية

## ب — فى الالتزام الخاص بوضع سور للعقار

## فى المدن والضواحى

١٦٤ — *القانون الفرنسى* : قرر الشارع الفرنسى بالمادة ٦٦٣ مدنى بأنه يجوز للجار أن يلزم جاره الملاصق له على اقامة حائط فاصلة بين الاثنين يلتزم بمصاريفها الاثنان بأن تكون مصاريف اقامة الحائط بالذات على الجارين وبأن يتخلى كل جار عن جزء صغير من ملكه حتى تقام الحائط عليه بأبعاد معينة. وشرط الالتزام هذا انما هو معقود بما اذا كانت العقارات موجودة فى المدن [١] أو

(١) Villes

الضواحى [١] : والحائط المشتركة هذه [٢] أو الاشتراك فيها [٣] تعتبر ملكا للطرفين . والملكية المشتركة تثبت اما بعقد أو هى ثابتة من نفسها باعتبار أن فصلها لعقارين قرينة [٤] على أنها مشتركة فى الملكية بين الجارين ( المادة ٦٥٣ مدنى فرنسى ) وأجاز القانون الفرنسى بالمادة ٦٥٦ بأنه اذا طالب أحد الشريكين فى الحائط الشريك الآخر بالتزامه بنصف المصاريف اللازمة لصيانة الحائط جاز لهذا الشريك الآخر أن يترك نصيبه فى الارض المقامة عليها الحائط ملكا لجاره فى مقابلة عدم اشتراكه معه فى التكاليف [٥] . وأجاز القضاء الفرنسى من طريق القياس صحة هذا الترك فيما اذا طلب انشاء حائط مشتركة [٦]

**١٦٥ — القانون المصرى** : هذا هو ما يتعلق بالقانون الفرنسى الذى أخذ عنه الشارع المصرى المختلط أولا والاهلى ثانيا تشاريعه المختلفة . ولكن لا أثر لهذه المواد المختلفة بالقانون المصرى . بل على العكس من ذلك قرر الشارع المصرى هذا نقيض ما قرره مصدره الفرنسى بالمادة ٦٦٣ . اذ قرر بمادته ٣٨/٥٩

---

(١) Faubourgs (٢) Mur mitoyen

(٣) Mitoyenneté (٤) Présomption

(٥) وقد اختلف الشارحون فى التعليل القانونى fondement juridique لهذا الترك اذ قال بعضهم بأنه مظهر من مظاهر ترك العقار والتخلى عنه déguerpissement ، لان مالك العقار اذا تقرر بذمته حق لدائنه على هذا العقار ، جاز له ترك العقار فى أى وقت يشاء ، أخذاً بالقاعدة المقررة فى الرهن العقارى غير الحيازى hypothéque بالتجويز لحائز العقار ، وهو المشترى لعقار مرهون ، بالتخلى عنه délaissement وترك الدائن ينفذ بدينه على العقار على شرط أن لا يكون الحائز ملتزماً مع المدين بالدين ( المادة ٢١٧٢ مدنى فرنسى والمادة ٥٧٥ / ٦٩٨ مدنى مصرى) . ورأى البعض الآخر عدم الاخذ بهذا الرأى وقال بانه ما دام أن تكاليف الصرف على الحائط هى فى مقابل الانتفاع فمن ترك الحائط فانما يترك حقه فى الانتفاع . ومن نتائج الفرق بين الرأيين أن ملكية الحائط وأرضه تزول عمن ترك طبقاً للرأى الاول . ولا تزول ملكية الارض والحائط طبقاً للرأى الثانى ، بل تزول فقط المنفعة من استعمال الحائط كوضع أخشاب وخلاف ذلك (كولين وكابيتان الصفحة السابقة )

(٦) د ، ٩٣ ، ٢ ، ٢١٩ — ص ، ٩٣ ، ٢ ، ١١٩ . وكان القانون الرومانى يوجب على من يريد تسوير ملكه أن يترك منه مسافة خمسة أقدام عرضاً بين حائطه وأرض الجار : كولين وكابيتان ج ١ س ٧٨٠ ويسمى هذا الحرم ambitus

دنى ما يأتى: «ليس للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو نحوه[1] على حدود ملكه لا على أن يعطيه جزء من حائطه أو من الارض التى عليها الحائط المذكور . . »
السبب فى شذوذ الشارع المصرى عن الفرنسى هو أن الشارع المصرى أراد أن يأخذ بما جرت عليه الحال فى مصر قبل وضع القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ والقوانين الاهلية سنة ١٨٨٣ أى ما اتبعت فيه أحكام الشريعة الاسلامية. اذ ورد بالمادة ٦٩ من مرشد الحيران ما يأتى : «لايجوز للجار أن يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزء من حائطه أو من الارض القائم عليها الحائط » والنصان الشرعى والمدنى واحد[2]

وعلى ذلك لا يجوز للجار الزام جاره على اقامة حائط بمصر ولا على الزامه بأن يتكفل معه مصاريف الانشاء مناصفة . بل كل مالك حر فى أن يبنى فى أرضه سوراً أو لا يبنى . فاذا بنى فليس له الزام جاره بدفع نصف مصاريف التكاليف ونصف ثمن الارض . كل هذا على شرط أن لا يكون الجار قد انتفع من الحائط فى ملكه . لانه اذا تبين ذلك وجب اما منعه من الانتفاع واما الزامه بقيمة الانتفاع وهى نصف تكاليف الحائط . واذا حصل النزاع فى ملكية الحائط وجب اتباع الطرق المسنونة فى الاثبات بالرجوع الى حجج الطرفين ومعرفة فى أرض من وجدت الحائط . فمن وجدت بأرضه كان هو المالك لها وحده دون غيره بناء وأرضاً

---

(١) S'enclore

(٢) ويلاحظ أن الترجمة العربية للمادة ٥٩٠ المختلطة الموضوعة سنة ١٨٧٥ هى نفس العبارة العربية للمادتين ٣٨ الاهلية الموضوعة سنة ١٨٨٣ والمادة ٦٩ من مرشد الحيران التى لم تطبع لاول مرة بمصر الا سنة ١٨٨٩ . ولذا نرجح أن قدرى باشا صاحب مرشد الحيران أخذ النص العربى المختلط وواضعه للمادة ٦٩ من كتابه ، مع ملاحظة أن القاعدة القانونية هذه قاعدة ربما تكون شرعية فى أصلها . وفى الحقيقة والواقع انه لم يتبين لنا بعد فيما اذا كانت هذه القاعدة الشرعية وردت فى كتب الشرع أم أنها مما اصطلح عليها الاهالى بمصر قبل انشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ فأقرها الشارع المختلط باعتبارها عادة وعرفا جاريا فى البلاد

واذا تعذرت معرفة الحدود الفاصلة بين العقارين وتعذر معهـا معرفة فى أرض من وجدت الحائط الفاصلة وجب اعتبارها فى هذه الحالة أخذاً بقواعد العدل والقانون الطبيعى ، ملـكا مشتركا بين الطرفين أرضا وبنـاء . وعلى ذلك يلزم كل واحد بنصف مصاريف الصيانة [١] ولـكن هل يجوز فى هـذه الحالة الاخيرة لمن رفعت عليه الدعوى بنصف مصاريف الصيانة أن يتخلى عن ملكيته بنصف الحائط كما نصت بذلك المادة ٦٥٦ مدنى فرنسى أم يكره على دفع نصف التـكاليف بأى حال ؟ ان التخلى عن نصف ملكية الحائط بالمادة ٦٥٦ أمر اختيارى بالنسبة للجار المطالب بنصف المصاريف والزامى بالنسبة لطالب نصف المصاريف فيما اذا اختار جاره ترك حقه فى الحائط . والاختيار من جانب والالزام من الجانب الآخر بعـد الاختيار يكونان عقداً ناقلا للملـكية برضاء الطرفين ، ذلك الرضاء الذى اذا لم يقبله المدعى المطالب بنصف التكاليف فان القانون يبيح للقاضى القبول بالنيابة عنه وكرهاً منه . والزام من جانب الشارع بان يقبل الغير ما يعرضه عليه الفرد ، الزام لا يكون الا بنص ، لانه افتيات على حرية التعاقد وحرية الالتزام ، والالتزام لا ينشأ الا بنص وحيث لا نص بالقانون المصرى يحكى النص الفرنسى ٦٥٦ فلا نستطيع القول بجواز تخلى الجار المطالب بنصف التـكاليف عن ملـكية نصف الحائط المشتركة واعفائه من نصف التـكاليف

١٦٦ — اذا علم ذلك لا بد لنا من ابداء الملاحظات الآتية :

ا — للجارين حق الاتفاق على اقامة حائط مشتركه فاصلة . ولهما الحق المطلق فى بيان حقوق ملـكية كل منهما لها كلا أو بعضاً . اذ عقدهما قانونهما طالمـا أنه لا يمس بلائحة أو قانون أو مصلحة عامة أو مصلحة الغير

ب — الحائط المقامة على ملك المالك ملك له لا يشاركه فيها أحد فله اصلاحها وتنظيمها كما يشاء . وله أيضاً هدمها اذا أراد فى أى وقت . ولـكن الشارع قيد هنـا حق الملـكية من حيث الهدم بقيد تعلق بمصلحة الغير وهو الجار . وذلك

(١) الحقوق ٢١ ص ٧٦ — قارن م ت ق ، ٣٠ ، ١٣٦

أنه بعد أن قرر بالمادة ٣٨ / ٥٩ مدنى بالفقرة الاولى الحرية المطلقة فيما يتعلق باقامة الحائط قرر بالفقرة الثانية منها ما يأتى : « ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد ارادته [١] اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر [٢] للجار المستتر ملكه بحائطه [٣] مالم يكن هدمه بنـاء على سبب قوى [٤] ويفهم من هذه الفقرة أن استتار الجار بحائط المالك واستناده اليهـا قرر له حقاً على الحائط ، حقاً معقودا بانتفاء الســبب القوى لدى مالك الحائط فى هدم حائطه ، وحقا لا قيمة له ، أى لا حقاً ، اذا كان الهدم لباعث مقبول . فاذا أراد مالك الحائط هدمها لانها متداعية أو أنه يريد ادخال تعديل فى نظام بيته أو يريد هدم البيت لاقامة عمارة مشيدة عليه ، أواشترى شخص المنزل وحائطه لاجل هدم المنزل مع الحائط وبيع الانقاض ذريعة للكسب كما حصل ذلك كثيراً مدة الحرب وبعـد أن امتنع أو تعذر ورود الاخشاب وأنواع الحديد ، اذا حصل ذلك فليس للجار المستتر حق التظلم لأن صاحب الدار والحائط انما ينتفع بحقـه انتفاعا يتفق مع مصلحته هو سواء أصاب فى التقدير أم أخطأ . واذا كان الامر كما رأينا فمتى يعتبر الهدم غير مشروع حينئذ ، ومتى يعتبر مشروعا بوجه عام ؟ القول فى ذلك يرجع للنظرية الهامة المعروفة فى الاوقات الحاضرة بكثرة ظهورها فى عالم القضاء وغزارة ما قام حولها من جدل الناقدين على غير طائل ، وهى نظرية الاعتساف فى استعمال الحق [٥] أو الخروج عن الحق . أى استخدام صاحب الحق لحقـه لا لأجل تحقيق غرض من الاغراض المشروعة والقيمة فى ذاتها بل لأجل الـكيد من خصمه والنيل منه من طريق المعاكسة والمضايقة وانزال الاضرار به ارهاقا وازعاجا له . فى هذه الحالة لا يتاح استعمال الحق اذا ما انصرف الغرض من استعماله الى الحاق الأذى بالغير وعدم السعى على تحصيل منفعة . وكأن للحق فى هذه النظرية الهامة وجهان . وجه يتعلق بالمصلحة الذاتية للفرد وما يعود عليه من النفع الموقوف عليه والخاص به .

---

(١) Détruire volontairement (٢) Nuire
(٣) Dont la propriété est close (٤) Motif sérieux
(٥) Abus des droits

ووجه يرجع للمصلحة العامة وما تستفيده الجماعات أو المجتمع الانسانى المحلى أو العام من هذه المنفعة الخاصة بالفرد ، وهى تحسين العمارات ، ان كان الحق متعلقاً بالبناء ، أو ترويج الاراضى وزيادة قيمتها ، ان كان الحق متعلقاً بالاراضى . وبوجه عام يجب أن يستحيل الحق عنداستعماله الى منفعة خاصة لصاحب الحق والى منفعة عامة للجماعة . فاذا ما استخدم صاحب الحق حقه فى سبيل ارضاء شهوة لديه أو نزعة نفسانية تغلغلت فى حمأة من السوء والشر ، انتفت المصلحة العامة وأصبح الحق مشوها فى مظهره العملى . ووجب فى هذه الحالة ليس فقط الحكم بالتعويض فى مقابل ماحل من الضرر بمن نزل به ، بل الحكم أيضاً بالحظر على صاحب الحق من انتفاعه بحقه بهذا الاسلوب التعسفى ، ومنعه كرها من الايغال فى سبيل ما اختطه[1]

وهذا هو ما تريد أن تقرره المادة ٣٨ / ٥٩ بفقرتها الثانية . فاذا تبين بأن الجار صاحب الحائط أراد أن ينكل بجاره وينزل به الاذى فيهدم عليه حائطه حتى ينهار جدار الجار فلا يستطيع أن يقيمه وجب منعه من السير فى الهدم والزامه باصلاح ماتهدم . أو اذا تم الهدم وجب الزامه باقامة الحائط بمصاريف يلتزم هو بها واذا أبى جاز للجار اقامة الحائط بمصاريف من ماله فى مقابل الرجوع بها على خصمه [2]

جـ — يجوز الزام الجار باقامة حائط اذا تبين بأن الحائط تمنع وصول الضرر الحاصل بفعل الجار الى جاره

ى — اذا كانت الارض عارية عن البناء أو بها بناء غير كامل وجب على المالك تسويرها منعا لتراكم القاذورات بها على اختلاف أنواعها . واذا لم يقم بتسويرها أوخذ جنائياً باعتبار امتناعه مخالفة ( أنظر المادة ٣٤٨ عقوبات )

---

(١) فيما يتعلق بنظرية الاعتساف فى استعمال الحق انظر الالتزامات ص ٤٩ — ٧٦٢ ن ٨١٥ — ٨٢٧ — وانظر أيضاً بشأن هذه النظرية الكتاب الحديث لموسيو Ripert وعنوانه La règle morale daus les obligations civiles ص ١٥١ — ١٧٥ طبعة سنة ١٩٢٥

(٢) م ت ق ، ٣٠ ، ١٣٦ — م ر ، ١٠ ، ٩ ص ٢٠٦ عدد ٩ — م ت ق ، ١٠ ، ١٢٨ — م ر ، ١٠ ، ٩ عدد ٩٠ — الحقوق ١٤ ص ١٩٤

## ٣ — النوع الثالث من قيود الملكية

### القيود القضائية

### في قيود الجوار أو الالتزامات الجوارية

**١٦٧** — للجوار بين الملاك اعتبارات هامة ترجع الى ماتدعوه حالة الاتصال العقارى فيما بينهم من تلاصق الابنية ومن تقارب أوجه المنافع . لذا كان احساس الواحد منهم بضرر يصدر من الآخر احساساً ذا أثر دائم فى نفس الجار المضار ليس من السهل عليه الفرار منه بهجر عقاره وتركه ، بل لا بد له على الغالب الأغلب أن يبقى بداره ويعمل على منع الضرر عنه من طريق الزام الجار بتعويض نظير ما وقع من الضرر والحظر عليه فى أن يستمر فى الحاق الضرر حظراً يقضى به القاضى . وان كان للمالك الجار ان ينتفع كما يشاء بملكه وأنى شاء الا أن الاطلاق فى الانتفاع اطلاق مقيد كما رأينا بحيث لايكون من ورائه الحاق الضرر بالجيران ضرراً لا يتحملونه عادة بحكم الجوار وضروراته . لذا يجب ان يقف حق الانتفاع بالملكية عند الحاق الضرر الجسيم بالجار . ولقد رأينا قيوداً عدة قد حدت من حق الملكية من حيث الانتفاع[١] ولا يمكن القول انها وردت على سبيل التحديد والحصر ما دام ان الملكية تأخذ هى الاخرى حكمها فى التطور والتأثر بالازمان والاوساط . نعم قد يقال بان المالك وعلى الاخص المالك العقارى فى حل من أن يجرى بملكه ما شاء من أنواع الانتفاع والاستعمال طالما أنه لم يخالف القانون فيما نص عليه القانون ، أى أنه يعمل كل ما هو خارج عما هو محظور عليه قانونا . فان صح ذلك وصدقت هذه النتيجة فانما تصدق من وجهة التحليل المنطقى البحت ومن طريق الجمود على النصوص . ولذا لم تأخذ العادات العملية وهى أحكام المحاكم بهذه النتيجة المنطقية الصرف وسارت فى طريق التوسع بما يتفق مع حكم التطور والتغير وقضت بان الملاك ملزمون فى أن يراعوا عند الانتفاع باملاكهم ضرورات الجوار

(١) Jus utandi

فيأخذون من وسائل الاحتياط وذرائع اللياقة والحيطة ما يضمن للجوار راحته وطمأنينته . وأطلقت على هذه الوسائل عبارة التزامات الجوار [1] . وقد أفاض الكاتبون العصريون فى استكناه هذه الالتزامات والتعرف على أصولها وتبيين أكناهها بالرجوع الى مصادرها التاريخية والى أدوارها العمرانية [2] كل ذلك على ضوء المبادئ القانونية التى تخضع هى الاخرى لحكم التطور لا محالة وكان لابد من تقرير هذه الالتزامات الجوارية باعتبارها قيوداً لحق الملكية ، وقيوداً ترجع لاعتبارات خاصة ذات أثر ظاهر دائم فى حياة الانسان لصلة الجوار . والا لو ترك المالك وهو يعمل على الانتفاع بملكه حراً مطلقاً من كل قيد يرجع فيه الى صلة الجوار لنجم عن ذلك حرب مستعرة بين الجيران لا تنطفئ لها نار . اذ كيف يطمئن الجار على راحته وطمأنينته بل وعلى ملكه اذا جاء جاره واستباح لنفسه ايجاد حفر غائرة فى أجواف الارض فيتصدع منها جدران الجار فينهار ؟ أو أن يستبيح لنفسه انشاء مدبغة [3] أو مخزن لحفظ المواد البرازية فيه [4] أو معمل لدق السباخ [5] او محل لتخمير السمسم فتتصاعد روائح مزعجة وضارة بالصحة ؟ أو أن يحدث بداره غوغاء تحول دون أن ينام الجيران ؟ فهل يستباح كل ذلك أم الاباحة محظورة ؟ لذا رأى القضاء فى كل آن أن يبيح للجار الذى أصابه أى نوع من أنواع هذه الاضرار المختلفة أن يطلب الى القاضى : (١) الحكم بتعويض — (٢) الحظر على الفاعل من

---

(١) Obligation de voisinage (٢) ومن هذه المؤلفات ما يأتى :

Ripert, l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse, Aix, 1902.

وانظر مقال كابتان بمجلة Revue critique سنة ٩٠٠ ص ١٦٥ ومقال Appert فى مجلة Revue trimesrielle de dr. Civ. سنة ٩٠٦ ص ٧١ ومقال كابتان بمجلة د ، ٩٠٨ ، ٢ ، ٤٩ ومقال Appert بمجلة س ، ٩٠٥ ، ٢ ، ٤١ ومقال Ripert بمجلة د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٣٨٥ ومقال Ferron بمجلة س ، ٩٠٥ ، ٢ ، ٢١٧ ومقال Josserand بمجلة د ٩١٣ ، ٢ ، ١٧٧

(٣) Écorcherie (٤) Déptoir

(٥) Usine de trituration d'engrais

الاصرار على عمله . وان كان هذا القضاء ، فيما يحكم به من التعويض عما مضى ومن الحظر فى المستقبل ، قضاء يتفق مع سداد الحكمة ومراعاة المصلحة الانسانية ، الا انه قضاء لم يفلت هو الآخر من اشكالات اعتورته فى سبيل تقرير مبادئه. وهانحن أولاء نذكر كيف تقررت هـذه الآراء وما هو مبلغ ما اكتنفها من صعوبات تغلبت عليها هـذه الآراء بحكم المبادئ القانونيـة الصحيحة . ونتكلم هنا على مسئلتين . المسئلة الاولى : كيف يمكن التوفيق فى بعض الاحوال بين سلطة المحاكم وسلطة الادارة . والمسئلة الثانية : ما هو التعليل القانونى لالتزامات الجوار وما هى أداة التعرف عليها

## ١ — المسئلة الاولى : كيف يمكن التوفيق بين سلطة القاضى وسلطة الادارة

١٦٨ — يغلب فى مجال العمل أن ما يشكو منه الجيران أعمال صادرة من جار لهم حصل على اجازة أو رخصة[1] من السلطة الادارية لاجل استغلال المحل . مثـلا يحصل أن تهدم الجدار وتصدع جدران الدار ينشأ عن التصريح للجار فى استغلال منجم . أو أن الغوغاء والأبخرة وما تحمل معها من الاوساخ التى تتصاعد جميعها انما تأتى من محل مدرج فى عداد المحلات الخطرة والمقلقة والضارة بالصحة وان صاحب المحل قد حصل على رخصة ادارة محله من الجهة المختصة وهى السلطة الادارية . ولم تعط هـذه السلطة اجازة الادارة الا بعـد بحث وتحقيق يتناول التعرف على المنافع والمضار[2] . وقد حكم القضاء الفرنسى بعـد أن تردد كثيراً فى أن السلطة الادارية فى اعطائها للرخصة لطالبها لم ترد بذلك أن تجعـله فى مأمن من احتمال مقاضاته مدنياً بمعرفة جيرانه . أى أن الرخصة لا تحول دون مقاضاته بسبب ما أصاب الجار من الاضرار[3] وحجة القضاء فى قضائه هذا أنه

---

(١) Autorisation (٢) Enquête de commodo et incommodo
(٣) د ، ٨٥ ، ١ ، ١٧١ — س ، ٨٥ ، ١ ، ٦٩ - د ، ٩٣ ، ٢ ، ٤٣١ . ، س ، ٩٣ ، ٢ ، ١٢٤ - كولن وكابيتان ج ١ ص ٧٦٢

يجب التمييز فى هــذه المسائل بين الاعتبارات الادارية التى ترجع للسلطة البحت والاعتبارات المدنية التى لا تتصل اتصالا مباشراً بالقانون المدنى وأحكامه العامة . ذلك لان صاحب المحل عنــد ادارته له انما يقف أمام جزاءين : جزاء عام[1] أى العقوبة الجنائيــة [2] وهى الغرامة بوجه عام وذلك فيما اذا ارتكب مخالفة من المخالفات التى نص عليها قانون المحلات الخطرة والمضرة والمقلقة ، أى مخالفة ادارية ، كأن يفتح المحل بلا رخصة . وجزاء مدنى[3] أى تعويض يدفعه للجار المضار فاذا نال الرخصة فانما نال الافلات من العقوبة الجنائية . وأما الجزاء المدنى فلا

على أنه ان صح هذا الرأى ووجب الاخذ به فلا يجوز المضى فيه على اطلاقه من حيث الحكم بالتعويض عما مضى والحكم بالحظر فى المستقبل معاً . ذلك لانه باعطاء الرخصة الى صاحب المحل فقد أصبح ذا حق ناشئ عن الرخصة . فهل يجوز الحــكم بالحظر أى بغلق المحل ومنع المرخص له من الاسترسال فى استغلال محله ؟ لا يجوز ذلك لان المحاكم المدنية ممنوعة بحكم نظرية فصل السلطات عن التدخل فى أعمال السلطة الادارية والافتيات على حقوقها وكل ما يملــكه القضــاء المدنى انما هو الحــكم بالتعويض فقط عند وجود الرخصة [4]

هذا هو قضاء القضاء الفرنسى وحكم الفقه فيه ولا نرى مانعاً من الاخذ به فى قانوننا المصرى

**١٦٩** — ويجرى القضاء المصرى على الاخذ بهذا المبدأ الهام جداً اذ أنه يبيح جواز سماع الدعوى عن تعويض بشأن ضرر ناتج من محل صناعة مقلق بالراحة حاصل على رخصة من السلطة الادارية . وهو لا يقضى بالتعويض فى هذه الاحوال اذا كان الضرر عادياً وناشئاً عن مضايقات خفيفة لان هذا النوع من المحلات وأمثاله مفيد للمصلحة العامة أى اذا حصلت منــه مضايقات غير عادية جاز الحــكم بتعويض [5]

(١) Sanction publique (٢) Penalité (٣) Sanction civile
(٤) كولين وكابيتان ج ١ ص ٧٦٢ (٥) ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٩

١٧٠ — واذا صح جواز مطالبة المحل المقلق للراحة بتعويض نظير الاضرار ر العادية التى تنشأ عن محله فهل يجوز مطالبة الحكومة بمثل هـذا التعويض نها أعطت رخصة بادارة المحل ؟ لا يجوز ذلك سواء كان الضرر بسيطا أو غير سيط ويجوز أن تعتبر الحكومة مسئولة بمقتضى المـادة ١٥ / ١١ من لائحتى شاء المحاكم الاهليـة والمختلطة فيما اذا أضرت أعمالها الادارية [١] بحقوق كتسبة[٢] ولا يكون ذلك الا اذا صدرت أعمالها مخالفة للقوانين واللوائح وما ستفاد من طبيعة الحيـاة العصرية [٣] كما اذا أعطت رخصة عن محل بالاخطاط خصصة لسكن العائلات ( المادة ٢ من لائحة المحلات العمومية قانون رقم ١ سنة ٩٠ ) أو أعطت رخصة لشخص ممنوع قانونا من الترخيص له ( اللائحة المذكورة )

ولكن هل يجوز للقضاء أن يحكم بالازالة برغم الرخصة ؟ لا يجوز ذلك لان ادة ١٥ / ١١ من لائحتى انشاء المحاكم لا تجيزله ايقاف تنفيذ العمل الادارى أو ويله تأويلا يختلف مع ماتريده السلطة الادارية . وكل ماله هو أن يحكم بتعويض عن ضرر الواقع ويحفظ للفرد المضار حقه فى المطالبة بتعويض عن الضرر المقبل وربما ضى بتعويض وقتى [٤] أى تعويض يستعان فيه بواسطة نظرية وسائل لاكراه بحيث ترى الادارة نفسها أمام حالة شبه حتمية فى العمل على رفع صدر الضرر . وان اعترض على جواز الحكم بتعويض وقتى بأنه يخالف فى النهاية ا حظرته المادة ١٥ / ١١ المذكورة لانه لم يخرج عن كونه دعوة للادارة فى الغاء مرها ، الا أن القضاء قد يرى فى ذلك مسوغا قانونيـاً لمنع استمرار الضرر من لريق رفع مصدره [٥] . على أن القضاء قد سار فى مذهبه الى أبعد من ذلك

---

(١) Actes administratifs (٢) Droits acquis

(٣) راجع فى ذلك كتابنا فى مسئولية الحكومة المصرية ، جزآن (٤) Des astreintes

(٥) على أن القضاء رأى فوق ذلك انه يجوز له مع احترامه لقاعدة عدم ايقاف تنفيذ العمل لادارى ، أن يحكم بقبول دعوى رد الحيازة الى وضع اليد réintegrande ويحكم برد الحيازة قط الى واضع اليد اذا تبين بان له حقاً مكتسباً . ويقول القضاء فى ذلك بأن رد الحيازة لا يعتبر

اذ قرر بأنه لا يؤخذ بالمادة ١٥/١١ المذكورة الا اذا كان العمل الادارى عملا اداريا صحيحاً فى ذاته جامعا لشرائطه القانونية التى تجعله فى مأمن من ايقاف تنفيذه أو تأويله . بحيث اذا تبين بأن العمل المقول بأنه ادارى لم يكن فى الحقيقة عملا اداريا بالمعنى القانونى الصحيح ولم تتوافر فيه الاركان القانونية فلا يصح اعتباره عملا اداريا متمتعاً بالامتيازات التشريعية المقررة له بالمادة ١٥/١١ من لائحتى انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة [(١)]

وعلى ذلك اذا تبين بأن العمل الادارى لم يكن سوى عمل يتعلق بادارة أموال الحكومة [(٢)] فلا تسرى عليه وقتئذ المادة ١٥/١١ المذكورة انما تسرى عليه الاحكام العامة المقررة فى القانون المصرى . أى يصبح عملا غير ممتاز لانه عمل غير ادارى ولو انه صادر من سلطة الادارة [(٣)]

## ب — المسئلة الثانية : التعليل القانونى للالتزامات الجوارية واداة التعرف عليها

١٧١ — قلنا ان هناك التزامات جوارية تدعو اليها اعتبارات مادية وأدبية لمناسبة الجوار وذلك لان الجوار أمر لازم للانسان فى الحياة لا يستطيع الفرار منه ما دام أنه مدنى بالطبع . وقلنا ان العمران فى تطور وتيار المدنية جارف قوى وأشكال الرقى اليومى كثيرة ، والالتزامات انما تتعدد ، والقيود تكثر ، كلما اتسع مجال الحق فى ميادين العمل والانتفاع . ومما لا يحمد أمره أن تبقى هذه الالتزامات ولا ضابط لها [(٤)] يمكن الاستعانة به فى التعرف على كنه الالتزام

---

أمراً مخالفاً لمنطوق المادة ١٥/١١ المذكورة أى لا يعتبر ايقافاً لتنفيذ العمل الادارى انما يعتبر الحكم فى ذاته بمثابة حكم بالتعويض . استئناف م ١١ مايو سنة ٩٢٢ م ت ق ، ٣٤ ، ٣٩٦

(١) Salvatore Messina, la juridiction administrative de Tribunaux Mixtes en Egypte, 1923, p. 55, n. 42 et suiv.

(٢) Acte des gestion

(٣) انظر كتاب Messina المذكور ص ٨٧ ن ٦٥ — وانظر الامثلة على ذلك بالكتاب المذكور ص ٨٧ ن ٦٦

(٤) Criterium

الجوارى ومتى يعتبر التزاما مقيداً لمن اشتغلت ذمته به ومتى لا يعتبر كذلك .
لذا فكر فريق كبير من حملة القـانون قديماً وحديثاً فى البحث على اداة التعرف التى يمكن بها معرفة ما اذا كان هناك التزام جوارى أم لا ، أو بعبارة أخرى ما هو التعليل القانونى [1] أو الكيانى العلمى أى التكييف القانونى لهذا الالتزام الجوارى ، وعلى أى أصل قانونى يرتكز وعلى أى نظرية قانونيـة يستمد قوته وأثره : وهنـا اختلف الباحثون فيما وفقوا اليه من المذاهب واختلفت معهم المحاكم . الا أن القضاء لم يشعر بحيرة كبرى أمام ما قام عليه هذا الجمع الفقهى من الخلاف . وأفلت من مآزق الابحاث القانونية الدقيقة فى كثير من أحكامه ، وجرى خلف هذه النظرية المبهمة الغامضة التى لا ضابط لها ولا دستور تعتمد عليه ، وهى نظرية العدالة [2] فكان يرجع فى تقديراته الى ما اكتنف الدعوى من ظروفها الخاصة ووقائعها المختلفة

أما الآراء الفقهية فقد اختلفت كما قلنا واننا نوجزها هنا فيما يأتى :

## § ١ — المذاهب الاربعة فى الفقه الفرنسى

**١٧٢ — المذهب الاول : مذهب شبه العقد** [3] ويظهر أن بوتييه يريد أن يأخذ به . ذلك لانه قرر « بأن من شأن الجوار أن يجعل المالك ينتفع بملكه بحيث لا يضر جاره . ويجب أن تنصرف هذه القاعدة الى أنه مهما كان للمالك من الحرية فى الانتفاع بملكه كما يشاء الا أنه ليس له أن يعمل عملا يترتب عليه حدوث شيء بملك الجار يكون ضاراً به » ويؤيد أصحاب الرأى هذا بعد بوتييه رأيهم بالاستناد الى المـادة ١٣٧٠ و ٦٥١ مدنى فرنسى . اذ تقول المادة ١٣٧٠ وهى أول المواد المعقودة تحت الفصل الخاص « بالالتزامات التى تنعقد بلا اتفاق سابق عليها » بأن هذه الالتزامات على نوعين : نوع يقول به القانون نفسه . ونوع يرجع الى عمل الانسان نفسه . وانه يدخل فى النوع الأول الالتزامات الناشـئة جبراً

(١) Fondement juridique (٢) Équité (٣) Quasi-contrat

بين الجيران دون أن يتفقوا عليها من قبل . وتقول المادة ٦٥١ ، وهي من ضمن المواد الواردة بالفصل الخاص بحقوق الارتفاق التي قررها القانون نفسه ، « بأن القانون يحمل الملاك بجملة التزامات مختلفة ازاء بعضهم البعض دون سبق اتفاق بينهم من قبل »

وما قال بهذه النظرية أصحابها حتى نقدها الناقدون وأخذوا عليها في موضعين اذ قالوا عنها انها ليست صحيحة في جملتها [١] وانها ناقصة [٢] لا تصلح في أن تتمشى على الالتزامات الجوارية في مجموعها

أما كونها غير صحيحة في جملتها فان المـادتين ١٣٧٠ و ٦٥١ المذكورتين انما هما خاصتان بحقوق الارتفاق القانونية [٣] أو الطبيعية [٤] ولا شأن لهما بهذا النوع الخاص بالالتزامات الجوارية . اذ لا تعتبر هذه الالتزامات من نوع الارتفاق الذي يتحمل به عقار في مصلحة عقار

وأما كونها ناقصة ولا يمكن معها حل الاشكالات جميعها فانها لم تبين لنا متى يعتبر القيد التزاماً جوارياً ومتى لا يعتبر ؟ أي ما هو موضوع الالتزام الجواري [٥] وما هي قوته وما هو أثره ؟ على هذا السؤال أجاب أنصار النظرية بان موضوع هذا الالتزام وأثره هو أن لا يقوم الملاك المتجاورون بأعمال من شأنها الحاق الضرر بالغير

وهذا جواب لا يقدم النظرية بل يؤخرها لأنه لو صح حكمها في أن يحظر على الانسان في حياته أن لا يعمل عملا ضاراً بغيره لترتب على هذه القاعدة المطلقة العامة تقييد الحقوق من حيث هي حقوق بقيود تغلها وتسيرها الى جعلها أصفاراً لا قيمة لها اذ لا ينتفع بها مطلقاً لمجرد ان أصاب الغير منها ضرر عنـد ما يقوم صاحب الحق باستغلال حقه والانتفـاع به على مختلف الصور المعروفة . فاذا جاء صاحب أرض فضاء وأراد اقامة بيته على حدود ملكه وترتب على البناء حرمان

(١) Peu exact (٢) Insuflisant (٣) Serv. légales
(٤) Serv. naturelles (٥) Objet

باره من التمتع بالهواء الذى كان يأتى اليه من نوافذ فتحها على بعد متر، أوحرمه
ن استجلاء منظر الخلاء على بعد متر بواسطة أرض الفضاء البارحة والمبنية اليوم
.طالب هذا الجار بتعويض ، فهل يجاب الى طلبه أم يرفض ؟ يرفض حتما . لأن
.الك أرض الفضاء فى اقامته لحائطه انما ينتفع بحقه ، وهو لا يسأل فى هذه الحالة
يما اذا كان انتفاعه بحقه هذا قد أضر بجاره أم لم يضره . لأنه يستطيع هو الآخر
'ن يحتم على جاره فى أنه ، أى الجار قد حرمه من تمام الانتفاع بملكه فيما لومنعه
من الانتفاع بسبب النوافذ المفتوحة على ارضه وهكذا لا تنتهى هذه الحال اذ
تبقى كالحلقة المفرغة لايعرف مبدؤها ومنتهاها . والرأى الصحيح أن لكل ذى حق
الانتفاع بحقه فى حدود حقه . ومن المشاهد والملاحظ فى عالم الحياة ان الانتفاع
بأى حق من الحقوق ينجم عنه ضرر بالغير . ويستحيل أن يفهم الانتفاع
بالحق الا اذا ترتب عليه ضرر بالغير . فكأن الضرر ملازم للحق وهو ليس منافياً
له بل ربما كان الضرر من أخص أوصاف الحق ، ولكنه ضرر مشروع يجيزه
القانون . فاذا بنى مالك الأرض داره وبذلك حرم الجارمن استجلاء منظر الخلاء ،
الأمر الذى ربما تنقص فيه قيمة داره ، فلا يسأل البانى عن شىء ما . لأنه ان
جاز حصول ضرر للجار هذه المرة من التضييق من النوافذ الخلوية ، فقد يحصل أن
الدار يزداد صقعه وتعلو قيمته بسبب زيادة العمران حوله . فهل يجوز لمن بنى
ان يطالب جاره بقيمة ما أثرى به هذا الجار بسبب زيادة العمران ؟ طبعاً لا أخذاً
بنظرية الاثراء على حساب الغير[1]. قلنا ان الضرر ملازم للحق لأنه لا يمكن ادراك
الانتفاع به الا اذا كان صاحبه يحصل منفعة منه. وفى تحصيل المنافع الحاق ضرر
بالغير. والحق وهو فى طريق المزاحمة[2] أظهر فى الحاق الضرر بالغير من مظاهره الاخرى.
والمزاحمة أمر ضرورى للحياة لاتدرك بدونها . وعلى ذلك يعتبر الحق فى يد صاحبه
قوة وسلطاناً فى اخضاع الغير له[3] . وفى اخضاع الغير اضرار بالغير، والاخضاع

---

(١) الالتزامات ص ٦٥٤ ن ٧٠٤ (٢) Concurrance

(٣) Pouvoir de commandement

متلازم من الجانبين فالضرر حاصل فيهما ولا محالة . وكل يحكم الآخر بما ينزل به من الضرر . وان جاز ما قاله بعض المفسرين بان الحق يقف حيث يعبث بحرية الغير فان من الأصح أن يقال بان الحق هو اعتداء على حرية الغير [1]

**١٧٢ — المذهب الثانى . مذهب الجنحة وشبه الجنحة** [2]: ويقول به القضاء اذ يرى ان الالتزامات الجوارية لا ترجع فى أصلها ولا تستند الى نظرية شبه عقد بين الجارين بل ترجع الى ان الحاق الضرر بالغير جنحة مدنية أو شبه جنحة مدنية يؤاخذ عليها القانون مدنياً بالمادة ١٣٨٢ و١٣٨٤ مدنى فرنسى (المادة ١٥١ /٢١٢ مدنى مصرى) من طريق تقرير جزاء مدنى وهو التعويض .

ولم تخل هذه النظرية هى الأخرى من نقد الناقدين اذ لوحظ فيها نقص وانها فى حاجة الى سد هذا النقص بالاستعانة بنظرية قانونية أخرى . ذلك انه فى الأخذ بالمادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ فرنسى و١٥١ /٢١٢ مصرى لابد وأن يثبت هناك حصول خطأ أو تقصير [3] أى اهمال أو عدم احتياط من جانب محدث الضرر . ولكن يبين من تصفح الاحكام ان القضاء لا يشترط دائما وأبداً شرط الخطأ عند الحكم بالتعويض بسبب الجوار . ولقد رأينا انه يحكم بالتعويض فى حالة ما اذا أدار أحد الأفراد مصنعاً له مع انه حائز لرخصة الادارة من السلطة الادارية وانه احتاط فى ادارة المصنع كل الاحتياط بحيث لم يصب الجار بضرر الا بالقدر اللازم حصوله حتما من ادارة المصنع [4] وقضى القضاء أيضاً بالتعويض فى حالة رفع فيها ساكن سكن حديثاً فى ناحية استقر فيها من زمن طويل صاحب مصنع وهو يعمل على ادارة مصنعه بحيث لم يشك منه أحد ولم يطالبه بتعويض . فلما جاء الساكن الجديد وشعر بالضرر الذى لحق به طالب صاحب المصنع بتعويض فقضى له به [5] حكم .

(١) Atteinte à la liberté d'autrui . كولين وكابتان جـ ١ ص ٧٦٤

(٢) Délit et quasi-délit (٣) Faute (٤) د ، ٨٦ ، ٢ ، ٢٢٧ — د ، ٨٨ ، ١ ، ٣٩ — س ٨٧ ، ١ ، ٢٦٣ — د ، ٩١٠ ، ١ ، ١٣٦ — س ، ٩١ ، ١ ، ٢٩٦ — كولين وكابتان جـ ١ ص ٧٦٤

(٥) د ، ٩٠٧ ، ١ ، ٣٨٥ — س ، ٩٠٧ ، ١ ، ٧٧ ومقال Ripert

قضاء فى هذه الاحوال دون أن يثبت فيها حصول خطأ أو تقصير من جانب رب المصنع ذلك الخطأ الذى يعتبر ركناً هاماً فى الأخذ بالمواد ١٣٨٢ وغيرها المذكورة كما يقول بذلك أنصار نظرية المسئولية التقصيرية. على ان القضاء من فريق آخر كان يقضى برفض دعوى التعويض لعدم ثبوت خطأ من جانب المدعى عليه . ذلك ان رب مصنع للنشر أخذ كل احتياطه فى ادارة مصنعه حتى لا يتسبب عنه أى حريق ما ولم يقع منه حريق بمصنعه منذ ادارته فجاء جار للمصنع وطالب ربه بتعويض لان شركة التأمين زادت من أقساط التأمين على الجار نظراً لقربه من المصنع ولاحتمال وقوع حريق فيما بعد بسبب هذا القرب . فقضت محكمة استئناف فرنسية بالتعويض ثم جاءت محكمة النقض ونقضت الحكم ورفضت دعوى التعويض مستندة الى انه لم يثبت حصول خطأ من جانب رب المصنع [1]

**١٧٣ — المذهب الثالث . مذهب التعسف فى استعمال الحق [2]** يقول به كولين وكابيتان [3] استناداً الى الاسباب الواردة ببعض الاحكام . ولو انه لم يأت لهذه النظرية نص قانونى صريح بالقانون الفرنسى المسطور ولكن العادة قضت بها فأصبحت فى عداد المبادئ القانونية المسطورة ما دام ان القضاء قد استند الى نصوص أخرى بالقانون لاجل الحكم بها [4] . وتقضى هذه النظرية بأنه لا يجوز عند انتفاع الافراد بحقوقهم أن لا يتعسفوا فى طريقة الانتفاع والاستغلال [5] بل يجب أن يذهبوا فيها بالاقدار المناسبة التى تقضى بها طبيعة الحق [6] بلا اسراف ولا اغراق وبحيث لا يخرجون عن الاستغلال العادى والطبيعى للحق [7] بمعنى أنهم اذا تخطوا حدود الاعتدال ولم يراعوا ما تقضى به ضرورات العادات [8] والروابط الاجتماعية اعتبروا فى حالة تعسف فى استعمال الحق وأصبح القضاء فى حل من اصلاح ما يطلب اليه اصلاحه . والامثلة على ذلك كثيرة أظهرها

---

(١) د ، ٩٧ ، ١ ، ١٠ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٢٧٣ ومقال Blondel

(٢) Abus de droit (٣) جا ص ٧٦٥ (٤) الالتزامات ص ٧٩٠ ن ٨١٩ وما بعدها

(٥) Excés (٦) Sa destination naturelle

(٧) D'une façon normale (٨) Mœurs

العمل . فاذا جاء مالك لارض ورفع بها حائطا ضايق به جاره من تمتعه بالمناظر يراعى الخلوية فلا يسأل صاحب الارض عن تعويضه نظير ما نزل بالجـار من الضرر لان صاحب الارض انتفع بحقه انتفاعا عاديا طبيعيا لاشـية عليه . ولكن اذا فرض ورفع صاحب الارض حائطه وهو يرمى بذلك الى مجرد حرمان جاره من مزية النظر الى الخـلاء ، جاز للجار المضار المطالبة بتعويض لان صاحب الارض قد تعدى حدود حقه [١] أى أسرف فى اسـتعمال حقه [٢] لان اقامة الحائط لمجرد مضايقة الجار ليس من الانتفاع العادى فى شىء [٣]

وأيد أصحاب هذا الرأى رأيهم هـذا بالاستشهاد بما ورد بالقانون الالمانى والقانون السويسرى بشأن نظرية الالتزامات الجوارية . ذلك أن القانون الالمانى قرر بالمادة ٩٠٦ ما يأتى : « لا يجوز لمالك العقار أن يشكو من دخول الغاز والابخرة والروائح والدخان والهباب [٤] والحرارة والغوغاء والاهتزاز [٥] وغير ذلك من أمثالها الحاصلة بعقار آخر ، اذا لم يكن من شأنها الاضرار به فى استغلاله لعقاره ، أو اذا كانت نتيجة لاستغلال العقار الآخر فيما اذا كان هذا الاستغلال عاديا [٦] بما تدعوه الظروف المحلية الخاصة بأمثال هذا العقار » . ويظهر من هذا النص أنه يشترط ليس فقط أن يكون الاستعمال غير عادى بل يشترط أيضاً أن يكون الضرر الواقع على شىء ما من الجسامة . والحقيقة أن الشرط الثانى يستحيل الى الشرط الاول . لأنه اذا فرض وكان الضرر قليلا ولم يعبأ به وقتئذ فان ذلك يدل على أن الجوار تتصل به حتما اضرار مادية قليلة يجب على الجار تحملها لأنه لابد منها ولأنه يجوز أن يحدث هو الآخر بجاره مثلها

---

(١) Dépassement (٢) Abus

(٣) Anormal . الالتزامات ص ٧٥٦ ن ٨٢٤ وما بعدها . ومن أمثلة ذلك أيضاً تربيـة أرانب الحقول lapin وتسربها فى أطيـان الغير . د ، ١٩١٠ ، ١ ، ٤٦١ — واقامة المصـائد الكبيرة gros gibier د ، ١٩١٣ ، ١ ، ٢٣٧

(٤) Suie (٥) Trépidation (٦) Usage normal

أما القانون السويسرى فقد قرر بالمادتين ٦٨٤ و ٦٨٥ ما قررته المـادة ٩٠٦ الالمانية

والقضاء الفرنسى برغم عدم وجود نصوص تحكى هذه النصوص الالمانية السويسرية فانه يقضى بها مع ذلك اذ ينص « بأن من يحدث بالجار ضرراً يفوق ا يتحمـله الجيران عادة من التزامات الجوار فانه يرتكب خطأ [1] ملزماً سئوليته » [2] وقرر أيضاً هـذا القضاء أنه « من شأن الجوار أن ينجم عنه مض المضايقات والاضرار العادية التى لا بد منهـا » ولـكن مادام أن الجار لا تعدى هذا النوع من المضايقات فلا يجوز للجيران أن يجهروا بالشكوى والانين. القاضى هو الذى يفصل بين حدود المضايقات المباحة وغير المباحة . وتختلف ذه المضايقات على نوعيها باختلاف الأمكنة الموجودة بها العقارات . اذ بينما صح أن يباح الضرر الحاصل مثلا فى ضاحية أو فى طريق تجارى ، فلا يباح مثل ذا الضرر اذا كان العقار المضار موجوداً بمكان آخر هادئ آهل بنخبة من موسرى سكان [3]

وود أصحاب هذا المذهب أن يصيبه من التأييد واتساع مجال الأخذ به بما نفق مع مرونته وطبيعته التى تميل الى التوسيع من مجاله . حتى اذا ما أكثر القضاء ن الاخذ بهذا المذهب استطاعوا ، عند عدم وجود نصوص مسطورة بالقانون ن يجدوا فيه وسيلة يسدون بها هذا النقص ويضربون بها على أيدى الذين يخرجون

---

(1) Faute (2) د ، ۹۰۷ ، ۱، ۳۸٥ ومقال Ripert — س، ۹۰۷ ، ۱ ، ۷۷ — د ، ۹۱۰ ، ۱ ، ۱۳٦ — س ، ۹۱۰ ، ۱ ، ۲۹٦

(3) د ، ۹۰۸ ، ۲ ، ٤۹ ومقال capitant — س ۲،۹۰٥ ، ٤۱ ومقال Appert — انظر أيضاً : د ، ۹۱۷ ، ۱ ، ۷۹ اذ حاول مالك أرض أن يحدث بأرضه حائطا ذا أشواك حتى طل على جاره صعود وهبوط الطيـارات فى مطاره المملوك له والمجاور لصاحب الحائط ، وحتى لك يكرهه على بيعه المطار ليلحقه بداره ذات الحائط ، فقضى القضاء بأن صاحب الحائط قد ركب شطط فى حقه وارتكب اثم التعسف فى استعمـال الحق . ثم قضى القضاء بهدم الحائط استئنافاً نقضاً : كولين وكابتان ج ۱ ص ۷٦٦ هامش ۲

فى استعمالهم لحقوق الملكية عن الحدود المألوفة . وعلى ذلك يمكن أن تتكون هناك نظرية قيمة وهى نظرية الاعتساف فى استعمال حق الملكية[١]

على أن هذه النظرية ، نظرية الخروج عن الحق عند استعماله ، وما قطعته فى طريق العمل من أشواط بعيدة حتى أصبحت من أمهات علم القانون فى الوقت الحاضر ، قد سلقها الناقدون بألسنة حداد وأقاموا حولها ضجة أرادوا بها تغيير تكييفها القانونى . ذلك أن بلانيول[٢] لاحظ عليها أنه لا يمكن الجمع معاً بين الحق الجائز والحق المحظور ،لان من يتعدى حقوق الحق فقد أصبح خارجاً عن دائرة الحق فهو حينئذ لا يستعمل الحق . وأنه لذلك لا محل لهذه التسمية[٣] لان العقل لا يؤيدها[٤].

### ١٧٤ — المذهب الرابع : مذهب مخاطر الملكية[٥] والمسئولية الشيئية[٦]

وهى القائلة بالمسئولية لمجرد الملكيــة بصرف النظر عن حدوث تقصير أو عن عدم حدوثه . ويقول انصارها بان المغارم يجب أن تقوم بجانب المغانم وانه ليس من العدل أن يغنم المالك فىالوقت الذى فيه لا يغرم ورجعوا فى ذلك الى العبارة الثانية من الفقرة الاولى للمادة ١٣٨٤ وهى العبارة الخاصة بمسئولية الانسان عن الاشياء الموجودة فىحيازته باعتبارأنها تقرر «مخاطرالملكية[٧]أى ضرورةالقضاء بالتعويض فى جميع الاحوال سواء ثبت التقصير أم لم يثبت . وسواء كانالحادث واقعاً بسببالتقصيرأوبسببقهرىأوجبرى[٨]وزعيمهذه النظرية فىالوقتالحاضر الاستاذ جوسران[٩]وقال بان اركانها ثلاثة (١) أنالمدعى بالتعويضلايلزمباثبات خطأ المالك(٢) لايفلت المالكمن المسئولية عنالضررالحاصلاذا حاولاثباتعدم

(١) Abus du droit de propriété — كولين وكابتان ص ٧٦٦
(٢) Planiol (٣) Droit abusif (٤) الالتزامات ص ٧٥٠ ن ٨١٧
(٥) Risque (٦) Responsabilité objective
(٧) Risque de propriété (٨) الالتزامات ص ٧٧٧ ن ٨٥٥
(٩) Josserand

ـصول خطأ أو اهمال من جانبه — (٣) ان المسئولية المحمل بها هذا المالك اجنبية
ن الخطأ وهى مسئولية يقررها القانون نفسه [١] ويرى أن مسئولية المالك من
لاشياء الجامدة ترجع الى مخاطر الشىء ذاته ، وأن المسوغ القانونى لهذه المسئولية
ىا هو العدالة [٢] وقاعدة الغرم بالغنم [٣] :

هذه هى المذاهب الأربعة التى عرضت للكاتبين والقضاء . والمذهب الأول
' يمكن الاخذ به مطلقاً لما بيناه . وأما المذهب الثانى وهو القائل بالمسئولية
تقصيرية [٤] فهو لا يبرر القضاء الذى قضى بتعويض فى حالات لم يثبت فيها
ـصول خطأ [٥] . لذا فكرفريق بالاخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق وبجانب
ذا المذهب الاخير نما آخر المذاهب الاربعة وهو مذهب مخاطر الملكية والمسئولية
شيئية وقد قام أهل النقد من كل جانب وأخذوا يحصون هذه النظرية اذ
حظوا أن اصحابها يفسرون المواد بما لم تقل به المواد . ولكن القضاء أخذ بها
، قليل من أحكامه . وأخذ الشارع أيضاً يؤيدها بتشريعاته [٦]

والآن وقد ألممنا بالمذاهب المختلفة فأيها يمكن حينئذ الاخذ به فى العالم
ـصرى : لا بد من الاشارة هنا الى التشريع والى القضاء

## § ٢ — أثر المذاهب الاربعة فى القانون المصرى

**١٧٥ — التشريع المصرى** : رأينا رجال الفقه بفرنسا انما يعملون على
ـجوع الى نصوص قانونهم المدنى حتى يعثروا على مايدعم نظرياتهم ويصبغها بصبغة

---

(١) راجع كتاب جوسران responsabilité des choses inanimées, p. 74 —
جع كتابنا فى الالتزامات ص ٧١٢ ن ٧٦٩ وما بعدها — ويلاحظ هنا أن سالى Saleilles
ـ بالمسئولية الشيئية فى مخاطر الحرفة risque professionnel فى رسالته المعروفة Les
accidents de travail et la responsabilité civi أما جوسران فيرى تعميمها
ركيزها على أساس عام — الالتزامات ص ٧١٢ ن ٧٧٠ فى آخرها

(٢) رسالته السابقة ص١٠٣ (٣) رسالته ص ١٠٨

(٤) Resp. délictuelle (٥) Faute

(٦) الالتزامات ص ٧٠٥ ن ٧٥٨ وما بعدها

تشريعية صحيحة . واننا نحاول هنا أن نتعرف مصادر هذه المذاهب الاربعة فى التشريع المصرى

فعمه المذهب الاول : وهو الخاص بنظرية شبه العقد فان شبه العقد هذا لم يعقد له باب بالقانون المصرى كما عقد له باب خاص بالقانون الفرنسى . ولكن شبه العقد من حيث هو عمل قانونى يرجع فيه الى نظرية السبب والاثراء على حساب الغير بلا سبب [1] . وانا لا نستطيع الاخذ بنظرية شبه العقد التى قال بها بوتييه لنفس الاعتراضات التى توجهت اليها من غيرنا

وعمه المذهب الثانى : مذهب الجنحة وشبه الجنحة ، والمادة ١٣٨٢و١٣٨٣ مدنى فرنسى . نعم ولو انه ورد للمادة ١٣٨٢ شبيه طبق الاصل بالقانون المصرى وهو المادة ١٥١ أهلى . وتقرب منه المادتان ٢١٢ و٢١٣ مختلط . ولكننا لا نميل الى الاخذ بهذه النظرية لانها لا تفسر الاحكام التى حكمت بتعويض فى الاحوال التى لم يثبت فيها حصول خطأ ، مع أن الخطأ هو من أخص أركان المسئولية التقصيرية ونرى أن الاعتراض عليها من جانب المعترضين السابقين علينا ، اعتراض فى محله

وعمه المذهب الثالث . القائل بنظرية التعسف فى استعمال الحق فانه لا يوجد بقانوننا نص صريح بها كما لم يوجد نص بالقانون الفرنسى ، وكما وجد بالقانون الالمانى والسويسرى . ولكن لهذه النظرية أثر تشريعى ظاهر بقانوننا المصرى لا نتردد معه فى الاخذ بها . هذه الآثار التشريعية بمصر هى : المادة ٣٨/٥٩ مدنى التى لا تبيح بفقرتها الثانية لصاحب الحائط هدم حائطه الملاصق لجار له الا عند وجود مسوغ . والمادة ٤٠٤/٤٩٢ مدنى الخاصة بالتعويض فى حالة اخراج المستخدم فى وقت غير لائق والمادة ١١٥/١٢٠ مرافعات الخاصة بالحكم بتعويض فى الدعاوى الكيدية ، والمادة ١١٨ مرافعات مختلط المعدلة بقانون رقم ٢٣ سنة ٩١٣ التى جعلت

(١) الالتزامات ص ٦٥٠ ن ٦٧٧ وما بعدها

مصاريف كل الاجراءات التى اتخـذت لمجرد التعطيـل وعلى الأخص مصاريف الاحكام الغيابية على عاتق من تسبب فيها ولو كسب الدعوى فى النهاية [١]

ولا نرى الأخذ بهذه النظرية أيضاً لانها تستحيل فى الغالب الى التعرف على نية المتسبب فى الضرر فيما اذا كان قد أراد الاضرار فعـلا بخصمه أم لا . وفى بعض الاحوال تصعب معرفة ما اذا كان هناك استغلال تعسفى . اذ التمييز بين العملين ليس بالامر الهين وربما أبهم الأمر فيقع الباحث فى حيرة لا مفر منها ولا يمكن معها معرفة التعليل القانونى لحالة الحكم بتعويض لا تعسف فيها . لذا نرغب فى الاخذ بالمذهب الرابع

**وأما عن المذهب الرابع** : وهو مذهب المسئولية الشيئية أو مذهب مخاطر الملكية [٢] وهو ما قال به جوسران اعتماداً على المادة ١٣٨٤ تفيد وجود قرينة قانونية على حصول الخطأ لا تقبل دليلا عكسيا[٣]

وهذا هو المذهب الذى تقول به تشريعا وقضاء [٤]

ولا يفوتنا القول بأن الشريعة الاسلامية قررت بالمادة ٥٧ من مرشد الحيران بالفصل المعقود « لحقوق المعـاملات الجوارية » ما يأتى : « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيـه فيعلى حائطه ويبنى ما يريده ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً » . ثم عرفت الضرر الفاحش بما يأتى : « الضرر الفاحش ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش » . ثم قررت بالمادة ٦٠ « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حديثاً »

---

(١) الالتزامات ص ٧٥٢ ن ٨١٩

(٢) Risque de propriété (٣) Juris et de jure

(٤) الالتزامات ٧٠٠ — ٧٢٦ ن ٧٥٢ — ٧٨٧

## § ٣ — القضاء المصرى ونظرية الالتزامات الجوارية

**١٧٦** — يقول القضاء بأن حق الملكية ولو أنه مطلق الا أنه لا يجوز للجار أن يبنى حائطا بداره ويكون من نتائجها أنه اذا بنى الجار أصيب جاره بضرر بسبب فعل المالك[١] ويقرر القضاء بوجود التزامات جوارية ترجع لحسن الجوار[٢] وذلك لمناسبة أنه اذ أراد الجار أن يهدم بيته عليه اخبار جاره الملاصق له حتى يأخذ حيطته بمصاريف من عنده حتى لا يتهدم جداره المرتكز على بيت المالك[٣] ويحصل اصلاح الضرر اما بالازالة أو عدم الازالة مع الحكم بتعويض[٤] وأن حق الملكية بمصر ، لسبب غموض تعريفه وغموض المسئولية عند عدم وجود عقد ، يجب الرجوع فيه الى ما هو مقرر بالقوانين الاجنبية باعتبار أنه لا يجوز أن يقرر لحق الملكية بمصر اطلاق فى الاستعمال أكثر مما قررته هذه القوانين الاجنبية ، والى الرجوع الى مذهب أبى حنيفة فى أن الحق المطلق للملكية محدود بأن لا يحدث المالك لجاره ضرراً فاحشاً[٥] ، أى أنه يحظر عليه أن يعمل عملا يحول دون الجار فى الانتفاع بملكه بجميع المنافع المعد لها هذا الملك . وانه مع ذلك لا يجوز للجيران التظلم من المضايقات الخفيفة[٦] التى تنشأ عن مجاورتهم لصناعة مقلقة بالراحة[٧] لانه مع أنها كذلك الا أنها مفيدة للناس[٨] وما دام أنه لم يرد قيد لحق الملكية سوى المادة ٣٩ / ٦١ مدنى الخاصة بالمطلات فانه يجوز للمالك العقارى فى القانون المصرى أن ينتفع بعقاره بطريقة مطلقة على شرط

---

(١) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٠٥٨
(٢) Obligations de bon voisinage ن٣٠٥٩
(٣) النبذة السابقة — ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٦ و ٣٣١٧ — ج ع ٣ ص ٤٣٩ ن ٤٦٤١ — و ن ٤٦٤٧ — ٤٦٤٩ [
(٤) ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٨
(٥) Préjudice grave
(٦) Moindres inconvénients
(٧) Industrie incommode
(٨) Intérêts colletifs ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣١٩

ن لا يستخدم حقه استخداماً تعسفياً [١] وضاراً بجيرانه[٢] والا اعتبر عمله هذا عملا غير مشروع[٣] وان هناك عادات محلية بمثابة قانون فيما يتعق بالجوار[٤] تقضى بمنع الضرر الفاحش[٥] وان حق الملكية مقيد بحق الجيران . وعلى ذلك اذا أحدث لمالك بأرضه حفراً [٦] تسبب عنها نشع [٧] بأرض الجار وجب عليه اصلاح الضرر [٨] . وان كان المالك الذى يبنى ملزماً بأخذ احتياطات [٩] ازاء جاره حتى يمنع عنه الضرر بقدر ما يمكن ، الا أنه لا يجوز مع ذلك الزام المالك البانى بالتزامات يترتب عليها اكراهه بأن يقوم من عنده بأعمال تكلفه مصاريف لايلزم بها[١٠] كأن يكلف بالابطاء فى البناء ضعف الزمن العادى اللازم للبناء[١١] وان حق الملك لا يعتبر بأنه ليس له حد بل يحد حق الملك حق الجار وذلك لحكم الضرورات الاجتماعية[١٢] فاذا تعارضت هذه الحقوق وجب الأخذ فيها بالعدالة وانه يجب على من لم يصبه ضرر ما من جاره ان يتقبل عمل جاره هذا . وعلى ذلك يجوز للمالك ان يبيض حائط العقار الملتصقة بحائطه واصلاحها وليس لجاره التضرر من ذلك[١٣] وان المالك الذى يجرى اصلاحات بعقاره قد تسبب عنها تشقق[١٤] بعقار جاره مسئول عن هذا الضرر اذا لم يثبت بأن هذا التشقق نتيجة حتمية للاعمال التى قام بها ، وانه ما كان فى الامكان منعه وانه قام بالعمل نحو جاره كما يقوم به رب الاسرة المعنى بشؤونه[١٥] وانه استخدم فى الاصلاحات التى أجراها أحدث الوسائل الفنية المعروفة [١٦] . وان للقاضى الحرية المطلقة فى التوفيق بين حقوق الجيران تبعاً

(١) Usage abusif (٢) ج ع ٢ ص ٣١٠ ن ٣٣٢٠ و ٣٣٢١ و ن ٣٣٢٤ — م ت ق ، ٣١ ، ٢٥٢

(٣) Acte illicite م ت ق ، ٣١ ، ٢٥٢

(٤) Droit contumie local (٥) ج ع ٢ ن ٣٣٢٣

(٦) Excavations (٧) Infiltrations

(٨) ج ع ٣ ص ٤٣٩ ن ٤٦٤٢ — م ت ق ، ٣١ ، ٢٥٢

(٩) Précautions أو Ménagements (١٠) Sacrifices

(١١) ج ع ٣ ص ٤٣٩ ن ٤٦٤٣ (١٢) Nécessité sociale

(١٣) ج ع ٣ ص ٤٤٠ ن ٤٦٤٤ و ٤٦٥٠ (١٤) Fissures

(١٥) Un bon prèe de famille (١٦) ج ع ٣ ص ٤٤٠ ن ٤٦٤٦

للظروف مع العمل على التقليل من المضايقات الضرورية [١] الناشئة عن الجوار . وعلى ذلك اذا أراد المالك أن ينشئ بملكه آلة أو جملة آلات لتوليد النور وجب عليه تركيب هذه الآلة بحيث لا يحدث عنها أى ضرر للجيران بسبب الاهتزاز [٢] الذى يحصل لعقار الجار من الآلة ، وبحيث أن لايترتب عنها مضايقات ما للجيران [٣] أو أن يعمل على الأقل من التقليل من هذه المضايقات بقدر ما يمكن [٤]

١٧٧ — ومن ذلك كله يتبين ان القضاء المصرى قرر ما يأتى :

١ ) اعترف القضاء المصرى بوجود التزامات جوارية ترجع فى أصلها الى حسن الجوار والى الضرورات الاجتماعية والى ان حق المالك مقيد بحق الجار والى ان هناك عادات للجوار أصبحت فى حكم القانون

٢ ) ان مخالفة هذه الالتزامات الجوارية يعتبر عملا غير مشروع واستغلالا تعسفياً للعقار ويترتب على ذلك مسئولية المالك والحكم عليه بالتعويض

٣ ) ان للجوار مضايقات حتمية لازمة للاستغلال ويجب على الجيران تحملها كما انه يجب على المتسبب فى هذه المضايقات أن يعمل على التقليل منها ان لم يعمل على محو أثرها . ويراد بالمضايقات الجوارية ماخف من الضرر العادى البسيط الذى يحتمل عادة . فاذا تعدى حد تحمله وقلل من منفعة عقار الجار اعتبر ضرراً فاحشاً وجبت ازالته

هذه هى المبادئ التى قررها القضاء المصرى . ومنها نرى انه لم يشأ الأخذ بمذهب شبه العقد . انما أخذ بمذهب نظرية التعسف فى استعمال الحق وجعل سبب المسئولية العمل غير المشروع [٥] ولكنه لما كان يأبى الاخذ بنظرية مخاطر الحرفة [٦] لعدم وجود قانون بمصر يحكى القانون الفرنسى الصادر فى ابريل سنة ١٨٩٨ والقوانين الاخرى الاجنبية فانه أصر على عدم الاخذ بنظرية مخاطر الملكية

(١) Inconvénients nécessaires
(٢) Trépidations
(٣) Désagréments
(٤) strict minimum ج ع ٣ ص ٤٤٠ ن ٤٦٥٠
(٥) Acte ilicite
(٦) Risque professionnel

أصبح في حيرة من أمر تعليل المسئولية والحكم بالتعويض في المسائل التي لم يتبين
بها وجود أثر لنظرية العسف في استعمال الحق . ولذلك عالج أمره بالرجوع الى
صل نظرية الالتزامات الجوارية والى اعتباراتها الاجتماعية والى ان هناك عادات
جوار في حكم القانون . واستعان في ذلك بنظرية الضرر الفاحش المقررة بالشريعة
لاسلامية دون أن يبين لنا التعليل العلمي العصري لنظرية الضرر الفاحش ، اذ لم
يخرج هذا الضرر في الحقيقة عن نظرية مخاطر الملكية ، في أن يحمل صاحب الملك
ما ينجم عن ملكه أخذاً بالمادة ١٣٨٤ مدني فرنسي على مذهب « جوسران » أو
بالمادة ١٣٨٢ على مذهب « سالي » ، باعتبار أن أولى المادتين تكرار لاخراهما .
أي أن القضاء لم يشأ أن يقرر نظرية المسئولية الشيئية لا بأسلوب جوسران ولا
بأسلوب سالي حتى اذا ما غمض عليه التكييف القانوني في أمر التعويض الذي يقضى
به رجع الى الضرر الفاحش بلا تعليل علمي عصري . على أن نظرية المسئولية
الشيئية نظرية قانونية لها من الوثائق التشريعية والمسوغات الاجتماعيــة ما يجعلها
في مصاف الاصول الاولى في الاوقات الحاضرة . وان كان القضاء المصري مختلطا
وأهلياً لا زال يظهر من العناد في الأخذ بها انما كان للتطورات الحاضرة بشأن
الصناعات أثر في مذهبه حيث بدأت مظاهر العـدول عن اصراره السابق تبدو
قليلا جداً في بعض أحكامه كما بينا ذلك بنظرية المسئولية العامة

## ٣ ) الطائفة الثالثة

## في القيود التعاقدية أو في شرط عدم التصرف

**١٧٨** — الشرط الخاص بعـدم جواز التصرف[١] هو ما يشترطه المـالك
لشيء من الأشياء على من ينقل اليه ملكية هذا الشيء بأن لا يتصرف فيه لمدة

---

(١) Clause d'inaliénabilité

معينة أو غير معينة . وهو شرط على ما يظهر مكروه ولا يرمقه لا الشارعون ولا الشارحون بعين الرضاء . على أن الشارع الفرنسى أجاز قبول هذا الشرط فى حالتين . وهما اتفاق الزوجين على الأخذ فى مشارطة الزواج بالنظام المهرى (١) فيصبح المهر مالا مهريا (٢) أى لا يجوز التصرف فيه مدة قيام الزوجية لا من جهة الزوج أو الزوجة أو من الاثنين معاً ( المواد ١٥٥٤ وما بعدها مدنى فرنسى ) والحالة الثانية الاستبدالات المباحة (٣) وهى أن يوصى الموصى أبا كان أو أما بشىء يملكه الى ولده أو يتعاقد معه تعاقد هبة عاديا على أن لا يتصرف فى الشىء الموصى به أو الموهوب وأن يسلمه للولد الذى يرزق له أى لولد الموصى اليه والموهوب له ( المواد ١٠٤٨ — ١٠٧٤ مدنى فرنسى )

ولا يوجد لهذه المواد الفرنسية مثيل بالقانون المصرى . والسبب فى ذلك أن هذه المواد خاصة بالاحوال الشخصية . ولم يتعرض القانون للاحوال الشخصية المستفادة من أحكام الشريعة الاسلامية بل ترك الامر فيهما للشريعة الاسلامية بالذات

ولكن حق الايقاف يشبه كثيراً هذا العقد المعقود على شرط عدم التصرف لان الواقف بحكم الوقف يحظر على المستحق التصرف فى الرقبة لانها لم تكن له ولم يكن له الا المنفعة فقط . فكأن المملوك هو المنفعة . وأما الرقبة فلا مالك لها . وفى ذلك غرابة لا تخفى

وان كان لا يوجد بالقانون الفرنسى الا هذان النوعان فقط ، الخاصان بالمهر والاستبدال ، حيث أباح فيهما الشارع الفرنسى جواز الأخذ بصحة شرط عدم التصرف . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وان كان لا يوجد بالقانون المصرى مثل هذين النوعين الا ان القضاءين الفرنسى والمصرى قد أخذا بصحة هذا الشرط فى مسائل أخرى وأجازا العقد المعقود بهذا الشرط . ورجع القضاء الفرنسى الى اعتبارات قانونية بعضها عام وبعضها خاص بالقانون الفرنسى . كما ان القضاء

---

Substitutions permises (٣) Bien dotal (٢) Régime dotal (١)

صرى أخذ بما استقر عليه أخيراً رأى القضاء الفرنسى ، وكان يرجع الى تمحيص لرية الوصية وشرائطها الشرعية ومعرفة ما اذا كان العقد المعقود على شرط عدم تصرف هو عقد وصية أى تمليك الى ما بعد الموت . أو هو عقد عادى معلق ى شرط . اذ فى الحالة الاولى لا يصح العقد بالرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى الحالة الثانيـة يصح العقد أخذاً بما قرره القضاء الفرنسى أخيراً . هذا مجمل قول فى هذه النظرية . ولها بيان لا بد منه

ان هذا الشرط لا يوجد الا بالعقود الخاصة بالعقارات . ولا فائدة منه مطلقاً ذا تعلق بعقـد خاص بمنقول . والحكمة فى ذلك ظاهرة . لان صحة التصرف فى لمنقول بالنسبة للغير لا تخضع لاى قيد خارجى من القيود المعروفة بالنسبة للعقارات تسجيلاتها ، ولأنه يكفى فى انتقال ملكية المنقول الى يد المشترى أن يكون حائزاً له بحسن نية ولو كان المملك له غير مالك . لذا أصبح القول بشأن شرط عدم تصرف مقصوراً على العقارات فقط دون المنقولات

ولقد لوحظ فى مجالات التقاضى بفرنسا ان الافراد شعروا بالحاجة الى الاستعانة شرط عدم التصرف فى غير الاحوال الواردة بالقـانون الفرنسى حيث يلجأ الى هـذا الشرط الموصى[1] أو الواهب[2] لعقار فيشـترط على الموصى اليـه أو لموهوب له بأن لا يتصرف فى العقار مدة معينة أو غير معينة . ولقد رفض لبعض الاخذ بصحة هذا الشرط مستنداً الى جملة أسباب قانونية : منها ان حق الملكية حق مطلق وان قيده بعدم التصرف يذهب بأخص أوصافه وهو الاطلاق ومنهـا ان الافراد لا يملكون بمحض رغبتهم وسلطان ارادتهم أن يقرروا أنواعا جديدة من الحقوق العينية الواردة بالقانون بالمادة ١٩/٤ مدنى و٥٤٣ فرنسى

وقد أضاف خصوم صحة هذا الشرط الى الاسباب القانونية السابقة أسباباً أخرى ترجع الى اعتبارات اقتصادية . اذ قالوا بأن من شأن هذا الشرط والاخذ به أن يجعل العقار فى حالة لا يستطيع معها الانتقال من يد الى يد ، وفى هذا اضرار

(١) Testateur (٢) Donateur

بالحركة الاقتصادية العامة ، لان من أهم أسباب رواج الثروة العامة تسهيل تبادل الاشياء فى الايدى . ثم أخذوا يشنون الغارة على نظام وقف العقارات على جهة بر لا تنقطع[١] . وقال فى ذلك أهل الاطلاع الواسع فيهم أنه يجب أن ينتهى العقار والايدى المختلفة تتناوله الى يد تحسن حاله وتجيد ادارته واستغلاله ، ولا يكون ذلك الا اذا عمل على تسهيل انتقاله من يد الى أخرى . وكانت تأخذ بهم فى تقرير هذا الرأى نزعة تحكى ما يعتقده فريق المنتصرين لمذهب المزاحمة الحرة[٢] ، اذ فى ترك العقار فى معترك التزاحم الحيوى ما يجعل له أمل الوقوع فى يد تعرف كيف تستغله أحسن استغلال

أما الآن وقد أخذت العقول تتحرر شيئاً فشيئاً من أهام هذه النظرية السابقة القائلة بحرية المزاحمة بلا قيد ولا شرط فقد قامت جماعة تقول بأنه بجانب الحقوق المقررة للمزاحمة الحرة ، توجد مصالح مشروعة يجب العناية بهـا أيضاً . واستندوا فى ذلك الى المـادة ٥٨١ مرافعات فرنسى والتى نقلها الشارع المصرى بالمادة ٤٣٦ / ٤٩٨ حيث أجازت هذه المواد صحة الشرط القائل بعدم الحجز على مبـالغ موهوبة أو موصى بها وان هـذا الشرط انما هو ماس بحق التصرف[٣] المقرر للموهوب له وهو شرط أراد به الواهب أو الموصى أن يحمى المنتفع بالمال مما يقع منه من اسراف وتبذير يأتى على هذا المال فيفوت الغرض المنشود له[٤]

وكذلك قانون الافدنة الخمسة ( قانون سنة ٩١٣ رقم ٤ أهلى وقانون سنة ٩١٢ رقم ٣١ مختلط ) فانه يحظر على الدائنين توقيع الحجز على ما صغر من الاملاك الزراعية فى أيدى صغار المزارعين ، مع أنه لم يقيد حق المالك فى التصرف فيه . واقتفى الشارع المصرى فى هذا القانون أثر الشرائع الامريكية بشأن منزل الأسرة[٥] والقانون الفرنسى بشأن عقار العائلة[٦] وقيد التصرف فيـه بقيود خاصة . وقد أخذ القضاء الفرنسى قبل أن ينصرم القرن التاسع عشر ، بصحة الشرط

---

(١) Biens de mainmorte (٢) Libre concurrence

(٣) Usus (٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٦٧ (٥) Homstead

(٦) Bien de famille

السابق ذكره واشترط فى ذلك قيـدين : أولا أن يكون للموصى أو الواهب مصلحة ظاهرة مشروعة فى اشتراط شرط عدم التصرف . وثانيـاً أن لا يكون الشرط مشروطا بغير مدة معينة أو للأبد[1] وبيان ذلك :

### ١ — قيود صحة شرط التصرف بالقانون الفرنسى

**١٧٩** — قلنا ان قيود صحة شرط التصرف اثنان :

**الشرط الاول : وجود مصلحة لصاحب العقار** : يراد بهـذه المصلحة اما مصلحة صاحب العقار الاصلى أو مصلحة للغير ، أو مصلحة من انتقل اليه العقار فاذا جاء البائع لعقار بيعاً وفائياً واشترط على المشترى أن لا يتصرف فى العقار فى المدة المقررة بالعقد والتى يجوز فيها للبائع استرداد عقاره بعد رد ثمنه والمصاريف الى المشترى صح الشرط . واذا أوصى موص بعقار لشخص على شرط أن يلتزم الموصى اليه بترتيب معاش من ايراد هذا العقار لشخص آخر طول حيـاة هذا الأخير ، وعلى شرط أن لا يتصرف طول حياة الشخص الثالث حتى يضمن بذلك دوام الوفاء بالمرتب الحيوى صح الشرط أيضاً . أو أن الموصى نظراً لما يخشاه من تبذير واسراف الموصى اليه فانه يشترط على هذا الأخير أن لا يتصرف فى العقار طول حياته . فان وقع ذلك صح الشرط . فاذا وقع هذا الشرط كما رأينا بهذه الصور الثلاثة التى دارت فيها منفعة الشرط على واحد من الثلاثة العاقدين وأجنبى عنهما ، صح الشرط وصح الالتزام وهو الالتزام بعدم القيـام بعمل [٢] وربما تأكدت صحة الشرط اذا لاحظنا فى المثل الثانى وهو تقرير مصلحة الاجنبى ، أى تعاقد للغير [٣] ، أن العقـد قد أريد به تقرير التزام بذمة المدين لمصلحة الغير ، الامر الذى تنطبق عليه المادة ١١٢١ مدنى فرنسى والذى يجب الأخذ به مع عدم

---

(١) د ، ٥٨ ، ١ ، ١٥٤ — س ، ٥٨ ، ١ ، ٥٨٩ — د ، ٩٠٠ ، ١ ، ٥٣٣ — س ، ٩٠٠ ، ١ ، ٣٤٢

(٢) Oblig. de ne pas faire

(٣) Stipulation pour autrui

وجود مادة بالقانون المصرى تشبه هذه المادة [1]

**الشرط الثانى : أن لا يكون للابد أو لمدة غير معينة :** أما كون الشرط غير صحيح اذا كان معقوداً للأبد فعدم صحته راجع الى نفس الشرط الاول . ذلك لانه من المقرر أن الالتزامات الشخصية التزامات وقتية بطبيعتها . والموهوب له أو الموصى اليه انما يلتزم بهـذا الشرط بأن لا يتصرف الى الابد . فالتزامه هذا التزام شخصى . وما دام انه التزام مؤبد فهو باطل . وجرى القضاء الفرنسى على الحاق الشرط بغير مدة معينة بالشرط المؤبد . وألحق به أيضاً الشرط لمدة طويلة ولم يبين بطريقة واضحة قاطعة متى يعتبر الشرط لمدة طويلة أو قصيرة ، وما هى تلك المدة وما هى أوقاتها . فاذا أوصى الموصى بمنفعة عقـار لمنتفع [2] واشترط عدم التصرف فى حق المنفعة هذا طول مدة الانتفاع ، فهل يصح هذا الشرط أم لا يصح ؟ أجاب على ذلك القضاء برأيين متعارضين من دائرتين لمحكمة واحدة فى مسافة وجيزة اذ قرر أحدهما صحة الشرط ، وقرر الآخر عدم صحته [3]

## ٢ — جزاء شرط عدم التصرف

### أو ما يترتب على مخالفته بالقانون الفرنسى

**١٨٠** — اذا خالف الموصى اليه أو الموهوب له أو المشـترى شرط عدم التصرف فى العقار بأن تصرف فيه بأحد أنواع التصرفات الشرعية بيعاً أو رهناً أو غيرذلك فما هوحق الموصى أو الواهب ازاء هذه المخالفة ؟ قرر القضاء الفرنسى زمناً بأن للمالك الاصلى حق رفع دعوى فسخ البيع أو الهبة [4] لسبب عدم احترام من تعاقد معه للشرط المقيد للعقد . ولكن ربما كان من شأن هذه الدعوى أن تكون

(١) الالتزامات ص١٧٤ نبذه ١٨٥ وما بعدها (٢) Legs d'usufruit

(٣) د ، ٩٠٢ ، ٢ ، ٨٩ ومقال بتوقيع L. S. — س ، ٩٠٤ ، ٩ ، ٢٠٢ — س ، ٩٠٤ ، ٢ ، ٢٠١ ومقال Tissier — كولين وكابتان ج ١ ص ٧٦٨

(٤) Action en résolution

على نقيض ما يرمى اليــه صاحب العقار الأصلى لانه كان مدفوعاً فى تنازله عن العقار الى المتعاقد معه بدافع الرغبة فى النفع له وايصال المنفعة اليه . وما دعاه الى وضع مثل هــذا الشرط بالعقد الا هــذا الباعث حتى يكون ذلك ذريعة فى استبقاء العقار تحت يد من تعاقد معه وحتى لا يفوت هــذا الأخير ما يمكن أن يستفيده من استغلاله والانتفاع به . وعلى ذلك أذا أبيح لصاحب العقار الاصلى حق مقاضاة من تعاقد معه ونزع العقــار من يده بسبب تصرفه فيه فقد فات الغرض المقصود مما رمى اليه صاحب العقار فى بقاء المنفعة بيد من أراد أن يصله بصلة من عنده . لذا تحول القضاء الفرنسى عن هذا الرأى واتخذ رأياً آخر . اذ أباح هذه المرة جواز رفع الدعوى فقط ضد من حصل اليه التصرف من الموهوب اليه ليطلب فيهــا صاحب العقار الاصلى ابطال ذلك التصرف[1] فاذا كان العقد الاول عقد هبة وتصرف الموهوب له فى العقــار الموهوب كان من اللازم على من تعاقد مع الموهوب له أن يطلع على عقد الهبة الذى لا ينفذ الا اذا كان مسجلا ومن اطلاعه عليه بسجلات التسجيل يستطيع الوقوف حينئذ على هــذا الشرط القاضى بعدم التصرف فلا يقبل على التعــاقد مع الموهوب اليه . ولــكن محل الخطر فيما اذا كان الشرط وارداً بوصية لان الوصية لا تخضع للتسجيــل ولذا لا يعلم من يتعاقد مع الموصى اليه بحقيقة ما أحاط بالوصية من شروط لا يعلم بها فاذا تعاقد وهو يجهل ما اشترطته الوصية من شرط عدم التصرف ، أى تعــاقد وهو حسن النية ، فلابد من ابطال العقد [2]

أما وقد استقر القضاء على الاخذ بدعوى الغاء التصرف الحاصل من الموهوب اليه الى الغير فانه يجب الآن بحث المسائل الثلاثة الآتية

## ١٨١ — المسئلة الاولى : كيف يمكن تبرير دعوى الالغاء هذه ؟

ما هو التعليل القانونى لقبول هذه الدعوى دعوى الالغاء ؟ لعل أحسن تعليل

(١) Action en unilité د ، ٥٨ ، ١ ، ١٥٤ — س ، ٥٨ ، ١ ، ٥٨٩

(٢) Rev. trim. de dv. cir. 1907, p. 360 — كولين وكابتان ج ١ ص ٧٦٩

لها ما قاله « بارتين » [١] فى كتابه المعروف [٢] هو أنه يجوز للدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن يطلب فى دعوى يرفعهـا أمام القضاء الغـاء ما عمل مخالفاً لهذا الالتزام أخذاً بالمـادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، وذلك بدلا من أن يطلب التعويض المنوه عنه بالمـادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، ما دام أن حصوله على حقه ليس مستحيلا بعـد المخالفة . وعلى ذلك يتحقق الغرض الذى يرمى اليه صاحب الدعوى من أنه أراد بعقده أن يصل الموهوب اليه بصلة تدر له غلتها وأن يستبقى لديه نفعها . فاذا رفعت دعوى الغاء التصرف عاد العقـار الى مال الموهوب اليه وعادت له منفعته منه وبذلك يتحقق ما رمى اليه الواهب من هبته

أما المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى فنصها ما يأتى : « على أن للدائن الحق فى طلب الغاء ما حصل مخالفاً للتعهد . ويجوز له أن يطلب الى القضاء أن يقوم هو بازالة المخالفة بمصاريف يلتزم بها المدين مع حفظ حقه فى التعويض » وهى تقرر قاعدة عامة يقرب منها كثيراً النص المصرى وهو المادة ١١٧ / ١٧٤ مدنى [٣] وما دام الأمر كذلك يجب الأخذ بها أيضاً بالقانون المصرى ما دام الاصل فى تنفيذ العقود أن يلتزم المدين بالوفاء جنساً وعينـاً . ولا محل للتعويض الا اذا استحال الوفاء الجنسى العينى . ومادام أنه من المستطاع فى حالتنا هذه تصحيح ماخالفه الموهوب له وجب حينئذ قبول دعوى الالغاء ورد العقار الى حظيرة الموهوب اليه

**١٨٢ — المسئلة الثانية : من هو المدعى فى دعوى الالغاء :** اذا كان شرط عدم التصرف مشروطا لمصلحة صاحب العقار الاصلى أو لمصلحة الغير جاز لهذين الاخيرين حق رفع الدعوى لا محالة . ولـكن ما القول فيما اذا كان الشرط وارداً بالعقد لمصلحة الموهوب له لما كان يخافه صاحب العقار من تبذير وسفه هذا الأخير ؟ فان قلنا بأن للموهوب له حق رفع الدعوى لدفعها المشترى قبله بطلب

---

(١) Bartin (٢) Théorie des conditions impossibles et illicites

(٣) الالتزامات ص ٢٦٦ ن ٢٨٠ وما بعدها

رد الثمن الذى تقاضاه منه ، فاذا لم يرد الثمن جاز للمشترى حبس العقار تحت يده حتى يستولى على مبلغه ، أو يدفع المشترى الدعوى بهذا الدفع المعروف « من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه »[(١)] وحينئذ ترفض دعواه . لذا لا بد من أن صاحب العقار الاصلى هو الذى يرفع الدعوى قبل المشترى من الموهوب له حتى لايفاجئه المشترى بأحد هذين الدفعين . وكما يجوز لصاحب العقار الاصلى حق رفع دعوى الالغاء فكذلك يجوز لورثته هو رفعها أيضاً . ورفع الدعوى من قبـل صاحب العقار الأصلى يتفق مع المـادة ١١٤٣ ومع القواعد العامة [(٢)]

أما رفع الدعوى من قبـل صاحب العقار فالامر ظاهر . وكذلك اذا رفعت من وصى المتوفى المختار [(٣)] وما كان جائزاً للمورث فى حيـاته فهو جائز أيضاً لورثته بعد مماته فيما يتعلق بالمسائل المالية . فكان يجب حينئذ الحـكم بقبول دعوى الالغاء المرفوعة من الوارث ما دام أن القضاء الفرنسى قد قبل الدعوى المرفوعة من وصى المتوفى المختار . ولـكن القضاء الفرنسى لم يقبل من الوارث رفع هذه الدعوى [(٤)] وحجته ان فى قبول الدعوى معنى ان للوارث وصاية غير قانونية على الموهوب له [(٥)] وهى وصاية غيرمقبولة لان القانون لم يقل بها . وربما تصح وجهة النظر هذه لدى القضاء الفرنسى فيما اذا نظرنا الى طلب الالغـاء لا باعتباره طلباً مالياً صرفاً بل طلباً تعلوه مسحة الشعور والاحساس . ولا يمكن تقـدير هذا الاحساس الا بمعرفة صاحبه . أما وقد مات صاحبه فقد زال معه ميزان التقدير فلا محل لقبول الدعوى على هذا الاعتبار . وربما كان ذلك هو المعنى المقصود من الوصاية غير القانونية التى يقول بها القضاء الفرنسى . ولـكن اذا صحت وجهة

---

(١) المادة ١٠٠ من المجلة ج ١ ص ٥٣ من وضع سليم بن رستم طبعة بيروت سنة ١٨٨٨

(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٦٩

(٣) Exécuteur testamentaire د ، ٩٠٤ ، ٣٥٦ — س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٤٨٤

(٤) د ، ٩٠٣ ، ١ ، ٣٣٧ ومقال بلانيول . س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٢٢٥ ومقال Tissier

(٥) Tutelle extra-légale

النظر هذه بالنسبة للوارث فهى تصح أيضاً بالنسبة للوصى المختار . ومع ذلك أباح القضاء الفرنسى دعوى هذا الاخير ولم يبحها للوارث ، وهذا هو محل الاعتراض

١٨٣ — المسئلة الثالثة : اذا مضت المدة المضروبة على الموهوب له بعدم التصرف فى العقار فهل يحظر على دائنيه أن يتقاضوا ديونهم من هذا العقار اذا كانت ديونهم قد تقررت اثناء المدة المضروبة ؟ أجاب النقض الفرنسى بالايجاب وحجته أن هذا الشرط لا يكون له من الاثر فى حماية الموهوب له وتأكيد المنفعة لديه الا اذا كان من نتائجه افلات العقار من هجمات الدائنين افلاتا دائما بحيث لا يصلون اليه لا وقت الزمن بالحجر على الموهوب له فى عدم التصرف أى وقت قيام الشرط . ولا بعد رفع الحجر عنه . وذلك لان الدائنين عند ما تقررت ديونهم وقت قيام الحجر يعلمون أن العقار ليس ضامناً لديونهم لوجود شرط عدم التصرف[٤]

## ٣ — القانون المصرى وشرط عدم التصرف

١٨٤ — نرى ضرورة التكلم على شرط عدم التصرف من الوجهة التشريعية ومن الوجهة القضائية

### ١ — شرط عدم التصرف والتشريع المصرى

١٨٥ — المصادر المعول عليها فى التشريع المصرى هى الشريعة الاسلامية وقانون نابليون ثم القضاء والفقه الفرنسيين

١٨٦ — ١ — الشريعة الاسلامية : ورد بالمادة ٢٢٧ من مرشد الحيران ما يأتى: « الشرط الذى يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذى جرت به عادة البلد وتقرر فى المعاملات بين التجار وأرباب المصانع » ويرى فقهاء الشريعة تقسيم الشرط الى ثلاثة أقسام صحيح مفيد وفاسد ولاغ . فالصحيح ما كان من مقتضيات العقد كشرط نقد الثمن . أو ليس من مقتضياته ولكن يلائمه ويؤكد موجبه كشرط

(٤) د ، ٩١٤ ، ١ ، ٢٤٢

أخذ كفيل ، أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جرى العرف به كحياكة الثوب بشكل خاص . أو لا يقتضيه العرف ولكن قرر الشارع جوازه كشرط الخيار فى البيع . هذه الصور المختلفة هى صور الشرط الصحيح والالتزام بها صحيح[(١)] والشرط اللاغى يعتبر كالمعدوم ويصح به العقد . وأما الشرط الفاسد فانه يؤثر على بعض العقود ولا يؤثر فى البعض . ويؤثر فى كل ما كان مبادلة مالا بمال كالبيع والايجار اذ يفسد الشرط ويفسد معه العقد ولا يؤثر فى مبادلة المال بغيره كعقد التبرع أى الهبة ، وكعزل الوكيل اذ يلغى الشرط ولا يفسد العقد[(٢)] وقررت أولاهما ما يأتى : « الشرط الذى لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما فهو فاسد — والشرط الذى لا نفع فيه لأحد العاقدين ولا لآدمى غيرهما فهو لغو غير معتبر والعقد الذى يكون مقرونا به صحيح » وبناء على هذه المادة يعتبر الشرط فاسداً ومعه فساد العقد اذا انصب على مقتضيات العقد ولوازمه وعلى مما يؤكد موجبه ولم يجر به عرف وكان الشرط فى مصلحة أحد العاقدين أولمصلحة أجنبى عنهما . والسبب فى شرعية التحريم افضاء الشرط الى الربا أو الى المنازعة كما يقول بذلك أبو حنيفة . ولقد خالفه فى ذلك مالك[(٣)] اذ قرر بأن ابن رشد قسم الشرط فى البيع الى أربعة أقسام : (١) شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع ، وما لا يقتضيه ولا ينافيه ، حيث لاضرر ولا فساد منه للثمن كاستبقاء البائع حق سكن المبيع سنة ، مثل هذا الشرط صحيح — (٢) ما يؤول الى الاخلال بشرط من شروط صحة البيع كشرط تأجيل الثمن الى أجل مجهول . مثل هذا الشرط فاسخ للعقد — (٣) الشرط الذى ينافى مقتضى البيع كشرط أن لا

(١) شرح مرشد الحيران لزيد بك وسلامه بك ج ١ ص ١٩٩ الطبعة الاولى سنة ١٩٠٨

(٢) ص ٢٠١ من الكتاب المذكور — انظر المواد ٢٢٨ و ٢٢٩ و ٢٣٠ من مرشد الحيران . والمادة ٢٣٠ تشبه تماماً المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى وبرغم عدم وجود مثيل لهما بالقانون المدنى فانه يجب الاخذ بهما — الالتزامات ص ٥٦١ ن ٥٨٦ وما بعدها

(٣) كتاب منح الخليل ج ٢ نمرة ٥٧٢

يبيع السلعة ولا يهبها . والمشهور فى هذا النوع فسخه مادام البائع متمسكا بشرطه فان تركه صح البيع — ( ٤ ) شرط غير صحيح الا أنه ضعيف لا يخل بالثمن فيصح البيع ويلغى الشرط كشرط عدم ضمان العهدة ، أى شرط عدم ضمان الصفقة[1]

وورد بالمجلة بالمادة ١٨٩ [2] ما يأتى: «البيع بشرط ليس فيه نفع لاحد العاقدين يصح والشرط لغو . مثلا بيع الحيوان على أن لا يبيعه المشترى لآخر أو على شرط أن يرسله فى المرعى ، صحيح والشرط لغو »

وورد فى شرح هذه المادة بالمجلة المذكورة[3] ما يأتى : « وكذا كل شرط فيه نفع لمبيع ليس من أهل الاستحقاق كبيع الدابة بشرط أن لا يركبها المشترى فالبيع صحيح والشرط لغو[4] . وكذا لو شرطا فى البيع نفعاً على أجنبى كما اذا باعه شيئاً بشرط أن يقرضه فلان عشرة دراهم فالبيع صحيح والشرط لغو . وأما اذا شرطا النفع لأجنبى كما اذا باع داراً بشرط أن يسكنها فلان فالبيع فاسد . وبه جزم فى الفتح . واختار القهستانى وصاحبا الهداية والوقاية جواز البيع وبطلان الشرط . وبه جزم فى الخانية . والحاصل انهما قولان فى المذهب . رد محتار . » اه

ونخرج من هذه النصوص وشرحها أن الشرط غير المتعلق بمقتضيات العقد وكان فيه نفع لاحد العاقدين أو لأجنبى عنهما شرط فاسد أي يفسد الشرط ويفسد معه العقد . واذا كان هذا الشرط متعلقا بما جرى عليه العرف فهو صحيح أى أن العرف يصحح الفاسد أو أن الفاسد يصبح بالعرف غير فاسد . فالعبرة حينئذ بالعرف . واذا انتفى النفع عن العاقدين وعن الاجنبى عنهما اعتبر الشرط لغواً والعقد صحيحاً . ورأينا ان ابن رشد يقول فى الحالة الثالثة بأن الشرط الذى ينافى مقتضى البيع كشرط أن لا يبيع السلعة ولا يهبها شرط فاسخ . الا اذا تركه البائع . ولعل ابن رشد لم ينس هنا ما قرره أبو حنيفة فى أن العبرة أيضاً بالعرف والعادة أى اذا جرى الناس فى أحوالهم المعاشية على أن يشترطوا مثل هذا

---

(١) شرح مرشد الحيران ص ٢٠٢ (٢) ج ١ ص ٧٦

(٣) ص ٧٦ (٤) كتاب التنوير

الشرط فى عقودهم صح الشرط وصح تعاقدهم على هـذا النحو . ونريد نحن هنا بالعرف ، العرف المشروع أى الذى لا يتعارض مع المصلحة العـامة ولا ينقض النظام العام بالمعنى المعروف فى أزماننا الحاضرة . فاذا سار بعض الافراد على منهج من المناهج واعتادوا عليه وكان ضاراً بمصلحة المجموع وجبت ازالة الضرر مهما طال الزمن . ونأخذ ذلك من طريق القياس بما قررته المادة ٥٤ من مرشد الحيران اذ تقول « اذا كان لدار مسيل قذر فى الطريق الخاص وكان مضراً بأهله يرفع ضرره ولو كان قديماً ولا يعتبر قدمه »

أى أن الشريعة الاسلامية ، وان كانت قررت فساد الشرط وفساد عقد البيع فيما اذا انصب الشرط على غير مقتضيات العقد وكان فيه نفع لاحد العاقدين أو لآدمى غيرهما ، الا أنها جعلت للعرف أحكاماً تذهب بهذه المحظورات . والعرف كما بينا هو العرف المشروع . بمعنى انه اذا تعلق بشرط يخالف العرف ، أى النظام العام أو العوائد الحسنة ، اعتبر الشرط والعقد باطلين شرعا ، وباطلين قانوناً أيضاً بمقتضى القوانين الوضعية الحاضرة ، طبقاً للمادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ٦ من القانون المدنى المختلط [1] . هـذا العرف المشروع هو الذى عول عليه القضاء الفرنسى كما مر بنا ، وكما سيمر عند ماندلى نحن فيما بعد بالتدليل العلمى القانونى المحض لنظرية شرط عدم التعرف بالقانون المصرى

هـذا هو حكم الشريعة فيما يتعلق بالعقود الخاصة بمبادلة مال بمـال كالبيع والايجار ، أو الخاصة بمبادلة مال بغيره كالهبة والتنازل عن التوكيل

١٨٧ — وقد يقع شىء كثير من التشابه بين عقد البيع المعلق على شرط والذى يحصل بين المورث قبل وفاته وبين الوصية التى تصدر منه فى حياته لتنفذ بعد وفاته . فالبيع بشرط توقيفى أو فاسخ هو تمليك للمشترى بما فيه تجريد للبائع من ملكه . وأثر الشرط فيه انما ينحصر فى الوقت الذى تنتقل فيه الملكية . فتنتقل الملكية فى الشرط التوقيفى من يوم تحقق الشرط . وتنتقل فى الشرط الفاسخ من

---

(١) الالتزامات ص ٥٦٦ ن ٥٩٦ وما بعدها

يوم انعقاد العقد ، مع ملاحظة ضرورة تسجيل العقد طبقا لقانون سنة ٩٢٣ رقم ١٨ لان الملكية لاتنتقل فى الحالتين الا من تاريخ التسجيل سواء كان الشرط توقيفياً أوفاسخاً ، ولا تنتقل من تاريخ العقد

أما الوصية فهى تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع ( المادة ٥٣٠ من مرشد الحيران ) فالملكية فيها لاتنتقل بالتسجيل انما تنتقل بعقد الوصية وتاريخ انتقالها هو تاريخ وفاة الموصى . والوصية لاتجوز للوارث ( المادة ٥٣٦ من مرشد الحيران) الا اذا أجازها الورثة الآخرون بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع . ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية . وتجوز الوصية بالثلث للاجنبي غيرالوارث عند عدم المانع من غيراجازة الورثة . ولا تجوز بما زاد على الثلث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ولا عبرة باجازتهم فى حال حياته ( المادة ٥٣٧ مرشد الحيران )

هذا هو البيع وهذه هى الوصية . وقلنا بأن الشبه يحصل أحياناً بينهما فيتخاصم أولو الشأن فيهما ويطلبون الى القضاء الفصل فيما اذا كان العقد عقد بيع أو عقد وصية . وتحصل الخصومة بين الورثة أنفسهم أو بين الورثة والاجنبي عنهم. فالمشترى يدعى انعقده عقد بيع . والوارث يدعى أنه وصية. فان كان بيعاً نفذ بشرطه المعلق به توقيفاً كان أو فاسخاً . وان كان وصية فتبطل اذا كان الموصى اليه وارثاً أو تبطل فيما عدا ثلث التركة ان كان الموصى اليه أجنبياً

والحد الفاصل فى قطع ما يقوم من الشبهة بشأن العقد المشكوك فيه ان كان بيعاً أو وصية هو الرجوع الى ما قررناه فى أن البيع تمليك حالى ولو كان معلقاً على شرط تحقق الوفاة . وأما الوصية فهى تمليك مؤجل لا حالى ويحصل التمليك يوم الوفاة . وقد يدق الفصل بين البيع المعلق على شرط وفاة البائع ، وبين الوصية . ويجب الرجوع الى ظروف الدعوى لمعرفة ما اذا كان التمليك قد حصل فعلاوحالا بالعقد ذاته وانما تعلقت به شروط تختص باستغلال العقار أو عدم التصرف فيه أو ترتيب معاش حيوى طول حياة البائع ، فهو بيع . وان حصل العقد ولكن

ظهر من ظروفه أن التمليك لم يحصل وقت وجوده بل كان التمليك معلقاً على وقت حصول الوفاة ، اعتبر العقد وصية ولا محالة . فان كان الموصى اليه وارثاً بطلت الوصية الا اذا أجازها الورثة بالشروط المقررة بالمادة ٥٣٦ . وان كان أجنبياً نفذت فى ثلث التركة دون اجازتهم . وتنفذ بأكملها اذا أجازوها . وذلك طبقاً للمادة ٥٣٧ كما رأينا

١٨٨ — ٢ — *القانون والقضاء والفقه بفرنسا* : هذا هو المصدر الثانى للتشريع المصرى . ووضع القانون المختلط المحامى الفرنسى « مونورى » سنة ١٨٧٥ ووضع القانون الاهلى القاضى الايطالى « موريوندو » أخذاً عن القانون المختلط : وعمدة الاثنين القانون الفرنسى ، وقضاؤه وفقهه فيما لم يقرره قانون نابليون . ولقد وضع القانون المصرى مختلطا وأهلياً وهو خلو من أشباه المواد ١٥٥٤ وما بعدها ( الخاصة بالمهر بفرنسا ) و١٠٤٨ وما بعدها ( الخاصة بالاستبدالات المباحة ) وسبب هذا الخلو كما قررنا أن هذه المواد وقف على نظام خاص بالاحوال الفرنسية ولا شأن للشارع المصرى المدنى أن يشرع فى الاحوال الشخصية التى تكفلت بها الشريعة الاسلامية

هـذا من حيث التشريع الفرنسى . أما من حيث القضاء الفرنسى والفقه بفرنسا فقد رأينا أن جانباً من الشارحين أبى الاخذ بصحة شرط عدم التصرف وخالفه فى ذلك جانب آخر . واستقر الرأى القضائى والفقهى بفرنسا قبـل سن القانون المختلط سنة ١٨٧٥ على صحة هـذا الشرط بقيدين . وهما أن تكون هناك مصلحة للعاقدين أو لاجنبى عنهما ، وأن يكون تحريم التصرف وقتياً لا مؤبداً . فلو كان الشارع المصرى قد أراد مجاراة الرأى القديم الفرنسى فى عدم الاخذ بشرط عدم التصرف بطريقة مطلقة لما تردد فى النص عليه . أما وقد ترك هـذا الرأى القديم فى الوقت الذى قضى فيه القضاء الفرنسى بعكسه ، فهذا يدل على أن الشارع المصرى أراد أن يترك أمر التقدير للقضاء حتى لا يقع فيما يحتمل أن

يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالوصية وغيرها مما قررناه هنا

واذا كان الشارع المصرى نفسه يقرر بأنه عند عدم النص يجب الاخذ بالعدالة والقانون الطبيعى ( المواد ٢٩ / ٣٤ من لائحتى المحاكم الاهلية والمختلطة والمادة ١١ مدنى مختلط )[1] فان أكبر مظهر للعدالة ما استقر عليه رأى القضاء الفرنسى فيما لا يتعارض مع القانون المصرى بالطريقة التى سنبينها فيما بعد

انتهينا الآن من شرط عدم التصرف والشرائع المصرية . ولنتكلم حينئذ على نظرية هذا الشرط والقضاء المصرى

## ب — شرط عدم التصرف
## والقضاء المصرى

**١٨٩** — رأينا عندما تكلمنا على المصدر التشريعى للقانون المصرى ، وهو المصدر الخاص بالشريعة الاسلامية ، ان الشبه يدق أحياناً بين عقد البيع المعلق على شرط وبين الوصية . وقلنا بأنه للفصل بين النوعين ومعرفة أية الصفتين تعطى للعقد صفة البيع أو صفة الوصية يجب الرجوع الى معرفة نية المتعاقدين ، أو نية المورث بصفته بائعاً أو موصياً ، لمعرفة أثر العقد فى انتقال الملكية وقت انتقالها . فان دل العقد على أن الملكية انتقلت فى الحال ، ولو أنها تعلقت على شرط من الشروط التوقيفية أو الفاسخة فيما يتعلق بالاستغلال وكيفية التصرف وتقرير التزامات بذمة المشترى كالتزامه بترتيب مرتب حيوى طول حياة البائع طبقاً للمادة ٤٧٩/٥٨٣ مدنى ، ان دل العقد على ذلك أعتبر عقد بيع نافذ ويأخذ حكم البيع وتتمشى عليه أصوله وقواعده . وأما اذا كانت الملكية لم تنتقل بعد بالعقد ، انما أوقف التمليك الى وفاة المملك ، وجب اعتبار العقد وصية فتأخذ حينئذ أحكام الوصية المقررة بالمواد ٥٣٠ و ٥٣٦ و ٧٣٧ من مرشد الحيران

---

(١) الالتزامات ص ٢٥ ن ١٢ وما بعدها

هذه القاعدة التى قررناها هى بعينها التى ارتكز اليها القضاء كلما عرضت له مسئلة من هذه المسائل ومهما تنوعت أشكالها . وتنقسم المسائل هذه على حسب ما نرى الى طائفتين . طائفة يكون فيها عقد واحد وطائفة يكون فيها عقدان : عقد بالتمليك ثم عقد بتقييد هذا التمليك

١٩٠ — **الطائفة الاولى : طائفة عقد واحد** : أى يحصل التمليك وقيود التمليك بعقد واحد . فاذا باع شخص عقاراً الى ورثته وتنازل لهم عن الثمن بالعقد ثم احتفظ بالملكية ووضع اليد لنفسه خاصة طول حياته ، وان الملكية لا تؤول الى المشترين الا عند وفاته ، أعتبر العقد حتما وصية [1] لان التمليك فيه موقوف على وفاة البائع . وعلى ذلك يجب ابطال العقد لأنه صادر الى وارث ، ولا وصية لوارث كما هو معلوم

هذا فيما اذا كان التمليك هو نفسه وبالذات معلقا على وفاة البائع . أما اذا حصل التمليك فى الحال ووقع القيد فقط فى وضع اليد والانتفاع فان العقد يعتبر عقد بيع لا وصية . والبيع صحيح حتى ولو ثبت عسر المشترى وعدم قدرته فى دفع الثمن ما دام العقد صريحا فى تقاضى البائع الثمن من المشترى . ولا يعتبر العقد فى هذه الحالة هبة لا بد فيه من الرسمية طبقاً للمادة ٤٨/٧٠ مدنى [٢] . واذا اشترط بالعقد نفسه على المشترى أن لا يتصرف فى العين المبيعة طول حياة البائع فان العقد لا ينقلب بذلك الى وصية لان القيد هنا منصب على حق الملكية لا على التمليك الذى حصل وتم بالعقد . وليس هناك ما يمنع البائع من أن يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع طول حياته ما دام ان الملكية قد انتقلت فعلا بالعقد [٣]

(١) حكم استئناف طنطا فى ٧ ديسمبر سنة ٩٠٧ م ر ١ ، ١١ ص ١٢٥ عدد ٤٥

(٢) قارن عكس ذلك استئناف ٢٢ يناير سنة ٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٦٢ عدد ١٠٨ — اذ اعتبر التأجيل فى وضع اليد تأجيلا للتمليك وهذا غير صحيح

(٣) استئناف ٢٠ يناير سنة ٩٢٣ المحاماة ٣ ص ١٦٢ عدد ١٠٩

١٩١ — *الطائفة الثانية : طائفة عقدين* : وهو الغالب وقوعه اذ يتصرف المالك فى عقاره بعقد ويسلم العقد لمن تعاقد معه . ثم يأخذ على هذا الاخير كتابة يشترط فيها على نفسه بالتزامات يتعهد بالقيام بها نحو المالك الاصلى للعقار . وسواء اعتبرت الورقة الثانية ورقة ضد أم لم تعتبر فانه يجب تفسير العقدين تفسيراً متلازماً ينم الواحد منهما على الآخر باعتبارهما كلا واحداً غير قابل للتجزئة فيما يتعلق بتقرير الحق [١] فاذا وقع التمليك بالعقد الاول ثم تأجل الانتفاع بالعقد الثانى وجب اعتبار العقد الاول بيعاً لا وصية [٢] واذا باع والد لاولاده أطياناً وسلمها لهم وقرر قبض الثمن وحق نقل التكاليف عليهم ودفع الضرائب عنهم . ثم أخذ عليهم عقداً بعد ذلك على أنهم ممنوعون من التصرف فى الاطيان طول حياة والدهم وانه يتصرف وحده فى ريع الاطيان مادامو امعه فى معيشة واحدة ، بحيث اذا اختصوا هم بزرع الأرض أو خرجوا عن المعيشة الواحدة التزموا له بدفع مبلغ معين ما دام على قيد الحياة . اذا حصل ذلك اعتبر العقد الاول عقد بيع ناقل للملكية فى الحال . واعتبر العقد الثانى تنازلا عن حق الانتفاع أو ترتيب ايراد مقيد بمدة الحياة طبقاً للمادة ٤٧٩/٥٨٣ مدنى . وفى تفسير العقدين معاً لا يعتبران فى مجموعهما وصية لان التمليك تم فى حال انعقاد العقد لاول ، وتقيدت المنفعة فقط بالعقد الثانى [٣] . ويعتبر العقد عقد بيع لا وصية اذا احتفظ البائع بحق الانتفاع وملك المشترى حق الرقبة ، لان الوصية تجعل الرقبة والمنفعة بيد الموصى

(١) منوف الجزئية فى ٢٥ نوفبر سنة ٩١٦ الشرائع ٤ ص ١٢٦ عدد ٤١

(٢) عكس ذلك الزقازيق الابتدائية فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ر ١ ، ١١ ص ١٣٢ عدد ٤٧ ، اذ اعتبر أن التأجيل فى وضع اليد بمثابة تأجيل فى التمليك وهو قول غير صائب — وكان البائع قد اشترط قيام المشترى بخدمته طول حياته فثبت عدم قيامه بهذا الالتزام

(٣) استئناف ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ر ١ ، ١٢ ص ١٥٣ عدد ٨٢ — استئناف ٢٩ مارس سنة ٩١٦ الشرائع ٣ ص ٤٨٩ عدد ١٦٥ واعتبر الحكم أن العقد الثانى ليس ورقة ضد بل عقد مستقل قرر فيه صاحبه تنازله لوالده عن حق الانتفاع مدة حياته ولم يرد بها شرط عدم التصرف فى المبيع طول حياة البائع — استئناف ٧ مايو سنة ٩٢١ المحاماة ٢ ص ٦٥ عدد ٢٥

حتى الوفاة [١] . والعقد عقد بيع سواء ذكر ان شرط عدم التصرف هو لاجل ضمان الوفاء بما التزم به المشترى أم لم يذكر ما دام أن الغرض من شرط عدم التصرف هو ضمان الوفاء بالالتزام حتما [٢]

أما من حيث شرط عدم التصرف الذى وجد بالعقد الاول أو بالعقد الثانى فان القضاء المصرى رجع فيه الى اعتباره ضمانا للوفاء بالالتزام الذى تعهد به المشترى . هذا أولا . وثانياً اعتبره من الشروط الباطلة اذا لم تتوافر فيه مصلحة ظاهرة لأحد العاقدين أو لشخص أجنبى . أى يصح شرط عقد التصرف اذا اتصل بمصلحة لشخص معين [٣]

هذا القضاء هو القضاء المصرى الاهلى . ولم نعثر على حكم واحد فى هذا المعنى للقضاء المختلط [٤]

والآن وقد انتهينا من درس نظرية شرط عدم التصرف من الوجهة الفرنسية تشريعاً وفقهاً وقضاء ، ومن الوجهة المصرية كذلك قانونا وشريعة اسلامية وقضاء أهلياً ، فانا نرى الآن درسها من الوجهة الفنية العلمية بالنسبة لمصر وغيرها .

---

(١) استئناف ١٣ ابريل سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ص ١٢٩ عدد ٨٠ والحكم نفسه منشور أيضاً بالمحاماة ٢ ص ٢١٠

(٢) استئناف ١٤ نوفمبر سنة ٩٢١ م ر ١ ، ٢٣ ، ص ١٥٢ عدد ٩٩

(٣) حكم منوف الجزئية السابق فى ٢٥ نوفمبر سنة ٩١٦ — وحكم الاستئناف السابق فى ١٣ ابريل سنة ٩٢٠ اذ ورد بأسباب الحكم الاول ما يأتى : « وحيث أن اشتراط عدم جواز التصرف وان كان باطلا لان نظام الملكية والحقوق المترتبة عليها من المسائل المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها ، الا أن هذا الامر جائز واعتبر ، القضاء فى فرنسا صحيحاً اذا كان اشتراط الحرمان من التصرف لوقت ما مبرراً بمصلحة جدية وشرعية للواهب نفسه أو لشخص آخر » . وورد بالحكم الثانى ما يأتى : « وحيث أن اشتراط البائع فى الاصل باطل الا أنه يكون صحيحاً استثناء اذا كان للبائع مصلحة بهذه الشروط كأن يكون قد اشترط فى عقد البيع أو فى ورقة الضد بقاء منفعة العين المبيعة له طول الحياة »

(٤) وأما ما استشهد به بعضهم بحكم ١٢ مايو سنة ٩٠٣ (وصحته ١٣ مايو) م ت ق ، ١٥ ، ٢٩٢ فهو استشهاد فى غير محله لان الحكم المذكور يتعلق بالانذار الذى يرسله دائن لمدينه ينبه عليه فيه بعدم التصرف فى أملاكه ويسجل الانذار ، اذ مثل هذا الانذار المسجل لا يعبأ به قانونا ولا يسرى على الغير

وهل صحة هـذا الشرط مما تتفق والمبـادىء العامة أم لا تتفق . ومتى يعتبر الشرط باطلا

## جـ — نظرية صحة شرط عدم التصرف
## من الوجهة الفنية العلمية

**١٩٢** — بعد هذا البيان الذى أوردناه عن القضاء الفرنسى وأثر الشرط بالشريعة الإسـلامية ومن حيث رابطة الشبهة بين البيع المعلق على شرط وبين الوصية نستطيع القول بأن شرط عدم التصرف اذ ورد بعقد الاسقاط الاول أو ورد بعقد الاسقاط الثانى سواء كان هذا الثانى ورقة ضد أو عقداً مستقلا ، هو شرط صحيح ، أى أن التعاقد عليـه صحيح منتج قانوناً اذا كان معقوداً لوقت وترتب على العقد منفعة للعاقدين أو لاجنبى ، بحيث اذا خولف الشرط كان الجزاء ابطال المخالفة من طريق مقاضاة المالك الاصلى لمن تعاقد مع المخالف . وظننا أن وارث المالك الاصلى لا يملك حق المقاضاة لان هذا الحق ليس مما يورث لأنه شخصى محض وربما كان يعدل عنه صاحبه لو طال أجله . ونستند فى تقدير هذه القاعدة العامة بهذه القيود الى المبادىء العامة القانونية التى يرجع اليها عند عدم النص باعتبارها الاساس العام لـكل عمل قانونى : ذلك

١ ) التعـاقد بين عاقدين جامعين لشرائط التعاقد صحيح ولو لم يسم باسم معروف فى القانون

وذلك يرجع لنظرية حرية التعـاقد وصحة التعاقد بما لا يخالف النظام العام والعوائد الحسنة (١)

٢ ) يصح الالتزام الشخصى على شرط أن يكون الوقت غير طويل ، والتقدير يرجع للقضاء . لأن اطلاق الوقت ماس بحق الملكية أولا وبالحرية الشخصية ثانياً ومعطل لرواج الحركة الاقتصادية العامة ثالثاً .

(١) الالتزامات من ٨٤ ن ٨٧ وما بعدها

٣ ) اذا لم يوف المدين بما التزم به وهو الامتناع عن عمل ، أى عدم التصرف فى العقار المسقط به اليه ، جاز للدائن بالالتزام حق مقاضاة من تعاقد مع المخالف ، ورد العقار سليما الى هذا الأخير ، وليس للمخالف حق المقاضاة لأنه ان فعل فشل بما يدفع به قبله بالدفع المعروف « من سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه »

وان كان صاحب المصلحة أجنبياً جاز له أن يقاضى المتعاقد مع المخالف باعتبار أن هذا الالتزام بالامتناع عن عمل انما تقرر له خاصة . ومعلوم فى نظرية التعاقد للغير أنه يجوز لمن تقررت له المنفعة أن يقاضى مباشرة خصيمه دون الحاجة الى اشتراط شرط آخر يرجع للمالك الاصلى(١)

٤ ) اذا وقعت مخالفة ممن تلقى العقار عن المالك الاصلى فلا تقبل من هذا الاخير دعوى الفسخ ورد العقار الى ماله هو لان ذلك يتعارض مع نية التبرع التى دفعت به الى التنازل عن العقار والى جعله مورد رزق وقوت له . انما تقبل دعوى الغاء التصرف مع بقاء العقار تحت يد المحمل بالشرط . ولكن اذا دلت عبارة العقد على ان بقاء العقار تحت يد الموهوب اليه موقوف على انه يقوم بالخدمة لصاحب العقار الاصلى طالما كان حياً ثم لم يف بالتزام الخدمة جاز رفع دعوى الفسخ لأن مصلحة المالك الاصلى للعقار تتغلب هنا على مصلحة المنتفع ، اذ باسترداده يستطيع التعاقد مع آخر بمثل ماتعاقد به أولا (٢)

٥ ) جعلنا طريقة تصحيح المخالفة هو رد العقار الى مال المدين أو مال الدائن ولم نجعله تعويضا . وذلك أخذاً بالقواعد العامة فى أن للدائن أن يطلب اعادة الحالة الى ما كانت عليه فيما اذا كان الالتزام بالامتناع عن عمل . لان هذا هو الاصل وأما المطالبة بتعويض فالدائن فيه بالخيار ان شاء طلبه أو طلب الوفاء بالاصل أى الوفاء الجنسى (٣)

(١) Stipulant : الالتزامات ص ١٨٥ ن ١٩٥ وما بعدها
(٢) راجع فى ذلك حكم محكمة الزقازيق فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ السابق ذكره
(٣) الالتزامات ص ٢٢٦ ن ٢٨٠ وما بعدها

هذه هي المبادئ التي يمكن الاستناد اليها في صحة شرط عدم التصرف وهي مبادئ عامة تأخذ بها في القانون المصري طبقاً للشرائع المصرية ومنها الشريعة الاسلامية . ولقد لاحظنا بشأن هذه الشريعة الاخيرة انها لم ترض بالشرط القاضي بمنع التصرف . ولكن رأينا ان ذلك مقيد بما يجرى عليه العرف . ورأينا ذلك في حينه بما لا حاجة للعودة اليه

## في أشكال الملكية وصورها

**١٩٣** — للملكية صور مختلفة [1] وأهمها الملكية الشائعة أو الملكية على الشيوع [2] أي الشيوع . والشيوع اما عادى [3] واما الزامى [4] ومن صور الملكية أيضاً حق سطح الارض [5]

### ١) في الملكية الشائعة أو الشيوع

**١٩٤** — يحصل أن يكون حق الملكية لجملة أشخاص في وقت واحد دون أن تكون هناك قسمة مادية بينهم . وتسمى الملكية هنا ملكية شائعة أو شيوعاً. والسبب الشائع لها وفاة المالك الاصلي وتركه لجملة ورثة أو موصى اليهم . ولكل وارث أو موصى اليه حصة معينة مساوية للحصص الاخرى أو مختلفة على حسب الانصبة الشرعية . ويحصل أن يكون سبب الشيوع في الاصل عقداً ، كأن يشترى أشخاص معاً شيئاً واحداً

ولم يعن الشارع بتنظيم الملكية وتقرير حقوقها وواجباتها وأحكامها بل عنى بها رجال الفقه وقرروا لها نظرية عامة بأحكام خاصة . ولم يأت لها بالقانون الفرنسي سوى المادة ٨١٥ التي قررت ما يأتي : « لا يكره أحد على البقاء في الشيوع بل يجوز طلب القسمة في كل آن برغم الاتفاق على خلاف ذلك أو وجود ما ينهى

(١) Modalités
(٢) Propriété commune أو Indivision
(٣) Indivision ordnaire
(٤) Copropriété avec indivision forcée
(٥) Droit de superficie

عنه . — ويجوز مع ذلك ، الاتفاق على ايقاف القسمة زمناً معينا بحيث لا يكون الاتفاق ملزماً الى ما بعد خمس سنوات . ولكن يجوز تجديده . » . ولم يرد لهذا النص مثيل بالقانون المدنى المصرى ولكنه ورد له مثيل بقانون المرافعات ( المادة ٦٢١/٧١١ ) . وأفرد الشارع باباً خاصاً للقسمة سواء كانت خاصة بالشركات أو غيرها من أنواع الشيوع فى الملكية ( المواد ٤٤٨/٥٤٥ — ٤٦٢/٥٦١ مدنى و٨١٥ — ٨٤٢ فرنسى) . أما الفقهاء فقد استعانوا فى تقرير أحكام هذه النظرية ووضع مبادئها بما قرره مشترعو الرومان . ويتميز الشيوع الحاضر[1] عن الشيوع الرومانى فى ان هذا الشيوع الحاضر لم يخرج عن كونه نوعا من الملكية الفردية وصورة لهـا[2] اذ لكل مالك على الشيوع[3] حق كامل مطلق ينصب على نصيبه[4] فى الشيء المملوك لجميع الملاك وهو يحتفظ بحقه فى التصرف فى نصيبه كما يشاء بلا قيد ولا شرط

وهناك نوع من الملكية الشائعة[5] وهو الشيوع فى الملكية عند الجرمانيين[6] وهذا النوع يختلف عن الملكية الشائعة الحاضرة لان المالكين على الشيوع فى ذلك النوع يعتبرون كأنهم واحد ، أى لا يستطيعون التصرف فى أنصبتهم المختلفة ، مادام أن اليد المشتركة قائمة[7] ، أو بعبارة أصح أنه لا توجد أنصبة متميزة عن بعضها البعض طالما أنه لم تحصل تصفية فيما بينهم . وحق ادارة هـذا النوع من الشيوع وحق التصرف فيه انما تقوم بهما هيأة نائبة[8] مستقلة من الوجهة القانونية وليس لها صلة ما بمال كل عضو على حدة[9]

والآن نأتى بأحكام نظرية الشيوع كما قررها القضاء والفقه بفرنسا وبمصر

(١) Copropriété-indivision
(٢) Propriété individuelle
(٣) Copropriétaire
(٤) Quote-part abstraite
(٥) Pròpriété collective
(٦) ويسمى Gesammte hand أى الملكية الشائعة فى اليد المشتركة Copropriété en main commune
(٧) Main commune
(٨) Organe
(٩) كولين وكابتان جـ ١ ص ٧٧٠ — ٧٧١

وكما توسعا فيها بشأن المادة ٨١٥ المذكورة والمادة ١٨٥٩ مدنى فرنسى المقـابلة للمادة ٤٣٨ / ٥٣٥ مدنى مصرى الخاصة بادارة الشركة . اذ أخذ القضاء بهـذه المـادة ٤٣٨ / ٥٣٥ مدنى و ١٨٥٩ فرنسى واستخدمها فى ادارة الملك الشائع أخذاً بطريق القياس . لانه لما قرر القضاء للشركات الشخصية المعنوية فانه يظهر من ذلك أنه أراد بقراره هذا أن يجعل الشركات خارجة عن دائرة الشيوع [1] وقد جرى بعض الشرائع الحاضرة على تخصيص باب واحد بأحكام واحدة فيما يتعلق بالملـكية الشائعـة [2] ، وأحياناً بأحكام خاصة فقط بالشيوع الاجبـارى [3] كالقـانون الالمانى ( المواد ١٠٠٨ وما بعدها ) والسويسرى ( المواد ٦٤٦ وما بعدها )

## ١ — حقوق المالـكين على الشيوع

**١٩٥** — لحق الملك الشائع [4] صفتـان : الصفة المعنوية للحق [5] وهى تتعلق بحق المالك على الشيوع فى أن يجرى أعمالا قانونية [6] بحصته الشائعة [7] . والصفة المادية للحق وهى القيـام بأعمال مادية [8] تتعلق بالانتفاع وباستعمال الشىء المشاع [9]

**١٩٦** — **عن الصفة الاولى للحق** : للمالك على المشـاع حق التصرف فى نصيبه المشاع دون أن يكون مقيـداً بأخذ رضاء شركائه . وله بيع نصيبه أو التبرع به . وله أيضاً رهنه رهناً رسمياً [10] . ويتعلق أثر الرهن بأثر الحـكم الذى يصدر فى القسمة باعتبار أن حكم القســمة حكم مظهر للحق ومؤيد له [11] لا منشئ كما سيجىء . واذا وقع العقار فى حصة شريك [12] غير الراهن أو رسا عليه المزاد عند بيع العقار بيعاً ودياً لعدم استطاعة قسمته [13] زال أثر الرهن .

(١) كولين وكابتان ص ٧٧١ (٢) Copropriété
(٣) Copropriété avec indivision forcée (٤) Droit indivis
(٥) Coté incorporel (٦) Actes juridiques (٧) Quote-part
(٨) Actes matériels (٩) Chose commune (١٠) Hypothèque
(١١) Déclaratif (١٢) Lot (١٣) Adjugé sur licitation

وعلى العكس من ذلك اذا وقع فى حصة الشريك الراهن

وترجع حرية التصرف فى النصيب الشائع الى أنه لا يترتب على التصرف ضرر ما بأنصبة الشركاء الآخرين . وكل ما أجراه أنه أحل نفسه بشخص آخر يشغل مكانه فى الشيوع [١]

ولحرية التصرف هذه قيد هام بالقانون الفرنسى بالمادة ٢٢٠٥ فى أنه لا يجوز للدائن الشخصى للوارث صاحب الحصة الشائعة فى التركة أن يطلب بيع حصة مدينه المشاعة قبل أن تحصل القسمة الودية [٢] أو القضائية [٣] بين الورثة الشركاء ، انما له أن يطلب هذه القسمة . والمراد بطلب البيع نزع ملكية العقار وبيعه جبراً على الورثة . وسبب الحظر وشرعيته يرجع الى أن البيع بالمزاد الجبرى يضعف من قيمة المبيع . وهذا النص لامثيل له بالقانون المصرى ولا يمكن الاخذ به لانه نص مقيد لحرية الدائن نازع الملكية . أى أنه وارد على سبيل الاستثناء للقاعدة العامة . ولا يؤخذ فى المستثنيات الا بنصوص ظاهرة

قلنا بأن للشريك على المشاع حق التصرف فى نصيبه بالبيع أو الرهن . ولكن صحة التصرف هذا موقوفة على أنه يبيع نصيبه مشاعا . فاذا باعه مفروزاً ومحدداً فهل يصح البيع أم يسقط العقد ؟ يقضى أغلب القضاء المصرى بصحة البيع فى ذاته وعدم صحته فى التحديد . بمعنى أن عقد البيع نافذ فى النصيب المشاع وغير نافذ فيما يتعلق بالتحديد . أى بيع معلق على شرط موقف [٤] وأيده فى ذلك

(١) استئناف ٨ نوفبر سنة ١٨٩٣ ح ، ٨ ص ٣٣٩ — استئناف ١٤ ابريل سنة ١٨٩٦ ج ١٢ ص ١٢٦ — مصر فى ٢٩ أغسطس سنة ٩٠٣ ج ١٩ ص ٦٢ — ومحكمة بنى سويف الكلية فى ١١ يناير سنة ٩٢٣ المحاماه ، ٤ ص ٢٥٨ عدد ١٨٨ (وقد تأيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف : المحاماة نفس المجلد والصفحة دون تعيين التاريخ ) — بورسعيد أول اكتوبر سنة ٩١٦ م ر ١ ، ١٨ رقم ٢/١٢ — راجع البيع للهلالى بك ص ٢١٩ — ٢٢٣ ن ٣٧١ — ٣٨٠

(٢) Partage (٣) Licitation

(٤) استئناف م ٩ يونيو سنة ١٨٩٢ م ت ق ٤ ، ٣١٢ — واستئناف ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ر ١ ، ١ ص ٤ — واستئناف ٢٦ مايو سنة ٩١٤ ش ، ١ رقم ٤٠٨ — محكمة المنيا الجزئية فى ١٩ أغسطس سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ رقم ١٢١

بعض رجال الفقه [1] ويريد القضاء بأن العقد غير نافذ فى التحديد أن العقد فى التحديد لا يعتبر باطلا بل يعتبر موقوفاً فى نفاذه الى حصول القسمة بالتراضى أو القضاء أو عند حصول رسو المزاد على البائع فى العقار كله عند استحالة القسمة أو اختصاصه به عند تراضيه مع زملائه وقت القسمة الودية . وبعبارة أخرى ان عقد البيع صحيح من حيث بيع النصيب وموقوف من حيث التحديد بمعنى أن البيع يعتبر منصرفا الى الحصة المشاعة فقط

وانا لا نستطيع اقرار هذا القضاء اذ فيه من الخطورة على نية المتعاقدين ما يخشى معه المساس بما كان ينوى شراءه المشترى وقت انعقاد العقد . والتعليل فى ذلك ظاهر. لأن المشترى وهو يشترى قطعة أرض معينة بحدود وأبعاد ظاهرة وهو لم يشترها شائعة فى أرض مترامية الاطراف بعيدة المناحى، انما قد انحصرت نيته واتجهت فكرته الى هذا الحيز الذى تعين له تعييناً ظاهراً مشخصاً كل التشخيص . اذا تبين ذلك فيكون من وسائل الاكراه والاعنات به اعتبار عقده نافذاً فى النصيب المشاع ، ومشاع فى أرض ما كان ليعلم لها حداً ولا بعداً . وربما اتجهت نيته عند الشراء الى هذه القطعة المفرزة المعينة لاعتبارات كانت تدور بخلده من حيث استغلاله لهذه القطعة بالحالة والحدود التى اشترى بها ، والامر سواء فيما اذا كان البائع يعلم بنية المشترى أو لا يعلم ( وربما كان عند العلم ما يتحتم معه فسخ العقد طبقاً لما قررناه بنظرية الالتزامات ) لذا نرى أن الحكم بفسخ العقد واجب بدلا من ترك أمر العقد معلقاً على القسمة التى لا يعرف العاقدان منها شيئاً فيما اذا كان الجزء المباع سيقع فى حصة البائع أم لا [2]

ولهذا الحق ، حق التصرف فى النصيب المشاع ، قيد آخر يتعلق بالسفن اذ يجب الأخذ برأى أغلبية المالكين . ولا يجوز بيعها بالمزايدة لعدم امكان قسمتها

(١) شرح المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٣٢٧ — دى هلس ج ٣ ص ٥٦٩ ن ٢٥ — وج ٤ ص ٤٣٢ ن و ص ١١ ن ٤٢٣ — بودرى مع سينا ن ١٢١

(٢) انظر الهامش نمرة ١ من صفحة ٢٨١

لا بناء على من يكون له فيها النصف ( المادة ٣٤ بحرى مصرى و ٢٢٠ تجارى فرنسى وقانون ١٠ يوليو سنة ١٨٨٤ المادة ٣ فرنسى فيما يتعلق برهن السفينة )

**١٩٧ — وعن الصفة الثانية للحق** : وهى الاعمال المادية الخاصة باستعمال الحق[1] والانتفاع به[2] والخاصة أيضاً بكيفية ادارة الشىء[3] وكيفية تعديل طريقة الاستغلال[4] باعتبار انها لاتخرج هى الاخرى عن كونها أعمالا مادية ، كالاعمال الخاصة باحداث تعديل كبير فى الانتفاع بالشىء مثل تحويل منزل سكن الى منزل ايراد[5] أو احداث تغيير فى الشىء كعمل شباك فى حائط : هذه الاعمال المادية جميعها لا يمكن للمالك على الشيوع اجراؤها وحده بل لابد من اجماع المالكين جميعاً . ذلك لان الاعمال الادارية اذا مست على الشىء كله أو بعضه فانها تتعدى حق المالك على الشيوع ، وهو الحق الذى لايجوز أن يتجاوز نصيبه الشائع فى كل ذرة من ذرات الشىء المشاع

واذا أخذ بقاعدة ضرورة أخذ رأى المالكين على الشيوع بالاجماع فيما يتعلق بالاعمال المادية هذه لترتب على ذلك تعطيل الانتفاع بالشىء المشاع جميعه . ولذا عالج القضاء والشارحون هذه الحال ورجعوا فيها الى المادة ٤٣٨/٥٣٥ مدنى و١٨٥٩ فرنسى الخاصة بالشركات والتى تتعلق بكيفية ادارة أموال الشركة عند عدم تعيين مدير لها . اذ قررت المادة المصرية ما يأتى : « اذا لم يعين للشركة مديرون اعتبر كل واحد من الشركاء مأذوناً من شركائه بالادارة وله ادارة العمل وحده . وانما يعمل فى حالة اختلاف الشركاء بما يتفق عليه أكثرهم » وقالت المادة الفرنسية ما يأتى : « عند عدم النص على كيفية ادارة الشركة تتبع القواعد الآتية: (١) يعتبر أعضاء الشركة انهم أنابوا بعضهم البعض بشأن ادارة الشركة . وما يعمله الواحد منهم حجة على الآخرين دون الحاجة الى أخذ رضائهم . انما لهؤلاء أو لبعضهم الحق فى أن يعارضوا فيما يراد عمله قبل اتمامه . — (٢) يجوز لكل عضو

---

(1) Usage (2) Jouissance (3) Actes d'administration
(4) Actes de dispositions (5) Maison de rapport

أن ينتفع بالاشياء المملوكة للشركة على شرط أن يكون الانتفاع مطابقا لما أعدت له هذه الاشياء وعلى شرط أن لايترتب على الانتفاع اضرار بمصلحة الشركة أو يترتب عنه مايحول دون انتفاع بقية الاعضاء بحقوقهم . — (٣) ولكل شريك الحق فى الزام زملائه أن يشتركوا معه فى القيام بالمصاريف اللازمة[1] للمحافظة[2] على أشياء الشركة — (٤) لا يجوز للواحد من الشركاء أن يحدث تعديلا مهماً[3] بأحد عقارات الشركة حتى ولو ادعى بنفع هذا التعديل للشركة ، الا اذا وافقت بقية الاعضاء » والمادة الفرنسية كما نرى أوسع نطاقا فى كيفية الاستغلال بالشىء المملوك للشركة ولذلك نعول عليها هنا باعتبار ان ما تقرره هو من القواعد العامة التى يصح الاخذ بها بقانوننا المصرى

وعلى ذلك و بناء على هذه المواد المصرية والفرنسية والفقرة ٢ من المادة ١٨٥٩ المتعلقة بالشركة يجوز لكل شريك على الشيوع الانتفاع بالشىء المشاع على شرط أن لايخرج فى انتفاعه عما أعد له هذا الشىء وعلى ماجرت عليه العادة فى استعماله وعلى شرط أن لايكون من نتائج انتفاعه به أن يحول دون انتفاع بقية المالكين الآخرين[4] ومع القول بأنه من اللازم على الشريك المنتفع أن يعمل على مافيه احترام حقوق بقية الملاك الآخرين ، فانه قول لاينتهى فى الواقع بحماية حقوق هذه البقية ، بل ويحول فوق ذلك دون ادخال أى تحسين ما على العقار المشاع . فاذا أريد مثلا زراعة الارض المشاعة زراعة خاصة و بنوع خاص ، واذا أريد ادخال تحسين بها أو تعديل أو اقامة بناء أو هدم بناء أو غير ذلك من الاعمال التى تنتهى بتحسين العقار المشاع فانه لا يتقدم أحد المالكين على الشيوع ويقوم بهذا العمل منفرداً بل لا بد من اشتراك الكل فيه وأخذ رضائهم جميعاً عنه وذلك أخذا بالفقرة ٤ من المادة الفرنسية . وبما يستفاد من المادة ٦٧٥ فرنسية القائلة بأنه لايجوز

---

(١) Dépenses nécessaires (٢) Conservation (٣) Innovation

(٤) د ، ٩٣ ، ١ ، ٢٤٦ وعلى ذلك يجوز لمن كان مالكا على الشيوع لعقار فى الخلاء مع آخرين أن يتنازل للغير عن حق الصيد بهـذا العقار دون الحاجة الى أخذ رضاء بقية زملائه : د ، ٩١٤ ، ١ ، ٢٥٤

لاحد المالكين على الشيوع لحائط مشتركة بين أملاكهم [١] أن يحدث بها نافذة [٢] مهما كان نوعها دون أخذ رضاء جميع المالكين لها

هذا من جهة . ومن جهة أخرى فانه اذا كان العمل المراد اجراؤه بالعقار المشاع عملا يتعلق بادارته واستغلاله كتأجيره مثلا فان القضاء برغم أن هذا العمل لايدخل فى عداد الاعمال المادية قد جرى فيه على ضرورة أخذ رضاء جميع الشركاء [٣] ولقد قال بعض الشارحين بأنه لا بد من الأخذ فى هذه الحالة من طريق القياس بالفقرة الاولى من المادة ١٨٥٩ فرنسى الخاصة بالنيابة المفترضة بين الشركاء فى ادارة الملك المشاع . بمعنى أنه يجوز لكل مالك على الشيوع أن يدير الملك المشاع دون التوقف على أخذ رضاء بقية شركائه ، وذلك باعتبار أنه من مضمون الشركة فى المشاع أن يكون هناك شبه تفويض من بعضهم الى بعض فى ادارة هذا الملك . ولكن القضاء احتج على الاخذ بهذا الرأى اذ لاحظ بأن السبب فى هذا التفويض بالشركات انما يرجع لما يمكن أن يفهم من عقد الشركة وما تراضى عليه الشركاء فيها [٤] . أى أن السبب فى التفويض الضمنى هو عقد الشركة . وانه بناء على ذلك لايجوز أن تتمشى هذه الفقرة الاولى من المادة ١٨٥٩ المذكورة على الأحوال الاخرى التى تكون فيها الاموال مشاعة بين أفراد معينين دون أن يتفقوا فيما بينهم و بعقد على هذا المشاع [٥] . على أن القضاء مع رفضه الاخذ من طريق القياس بهذه الفقرة الاولى المذكورة من المادة ١٨٥٩ فانه لم يترك هذا الاشكال دون أن يعالجه . ذلك أنه رأى الاستعانة فى هذه الحالة بنظرية أعمال الفضولى [٦] وبناء على هذه النظرية يعتبر المالك على الشيوع الذى يؤجر العقار أو يجرى به أعمالا فى مصلحة الجميع ، انه قام بهذا العمل باعتباره فضوليا [٧] ازاء زملائه [٨] وعلى ذلك يلزم هؤلاء الاخيرون باحترام عمله الذى أجراه وبالوفاء

---

(١) Mur mitoyen (٢) Ouverture (٣) س ، ٤٤ ، ١ ، ٧٢٣

(٤) وهى ما يسمى Affectus sociétatis (٥) Sine affectu sociétatis .

(٦) Gestion d'affaires (٧) Gérant d'affaires (٨) Consorts

عما التزم به في سبيل اجراء هذا العمل وذلك كله فيما اذا كان العمل مفيداً [١] للجميع أي يؤخذ في هذه الحالة بالمادة ١٣٧٥ مدني التي تقرر قاعدة عامة اذ تقول ما يأتي : « يجب على رب العمل [٢] عند ما يتبين أن الفضولي قد أحسن الادارة أن يلتزم بالتعهدات التي التزم بها الفضولي باسم رب العمل . وأن يدفع له هذا الاخير قيمة التعهدات الشخصية التي قام بها للعمل وأن يدفع له جميع المصاريف المفيدة [٣] أو المصاريف الضرورية [٤] التي صرفها من عنده » على أن هذا الحل الذي قرره القضاء في اعتبار المالك على الشيوع فيما أجراه بمناسبة الفضولي حل لا يقف عنده النزاع . لان الأخذ به متوقف على اعتبار ما أجراه المالك على الشيوع مفيداً بالنسبة لزملائه على الشيوع معه [٥] ولذا فان الغير الذي يكون قد تعامل مع الشريك على المشاع لا يطمئن الى تعاقده معه [٦] لأن صحة التعاقد متوقفة على نتيجة العمل فيما اذا كان مفيداً للعقار المشاع أم غير مفيد . أو بعبارة أخرى فيما اذا كان قد عادت على بقية الملاك فائدة ظاهرة من هذا العمل الذي انفرد به المالك دون غيره أم لا

هذا واذا كان القضاء قد أبى الأخذ بنظرية التفويض الضمني المنصوص عنها بالفقرة الاولى من المادة ١٨٥٩ فرنسي فانه لا يستطيع أن يرفض الاخذ بالفقرة ٣ منها القائلة بأن يجوز لكل شريك أن يلزم بقية زملائه في أن يشتركوا معه في القيام بالصرف على الملك المشاع اذا كان من شأن الصرف المحافظة على نفس الشيء المشاع [٧] أو ترتبت عليه زيادة في القيمة [٨]

## ٢ — في انقضاء الشيوع

**١٩٨** — رأينا كيف كان من شأن الشيوع ومن مضايقاته للملكية ولحق

---

(١) Utiles (٢) Maitre (٣) Dépenses utiles

(٤) Nécessaires (٥) Les indivisaires

(٦) كولين وكابتان ص ٧٧٣ (٧) دى هاس ج ٣ ص ٥٦٨ ن ١٩

(٨) plus-value دى هلس النبذة السابقة

لتمتع لدى صاحب الحق الشائع وكيف أن الشيوع فى ذاته يغل أيدى أصحاب الحصص الشائعة فى استغلال العقار الشائع واصلاحه . لذا يرى الشارع أن من شأن هذه المضايقات أن لا تظل طويلا . وأباح لكل شريك حق طلب القسمة فى كل آن حتى يخرج من مضيق الشيوع الى مجال الملكية الفردية الفسيح . لذا يعتبر الشيوع حالة مؤقتة لا مؤبدة . وفى ذلك قررت المادة ٤٥٢/٥٤٩ مدنى و ٨٢٢ فرنسى ما يأتى : « أما اذا كانوا مختلفين فى الرأى أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف فى حقوقه فعلى من أراد منهم القسمة أن يكلف بالحضور باقى شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع اليها مركز . . . . » وكلمة « أراد » الواردة بهذه المادة تفيد أن لكل شريك حق طلب القسمة فى أى وقت واذا كان الامر كذلك فهل يجوز للشركاء على الشيوع ان يتفقوا على البقاء فيه الى ما لا نهاية وان يحظروا على بعضهم البعض طلب القسمة ؟ يظهر أن من شأن مضايقات الشيوع وتأثيرها على حق الملكية أن يجعل الشارع أميل الى تقرير عدم صحة مثل هذا الاتفاق واعتباره باطلا . لذا قرن قانون المرافعات بالمادة ٦٢١/٧١١ المعدلة بالامر العالى الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٨٩٢ ما يأتى : « يجوز لكل شريك فى عقار مشاع ان يطلب قسمته ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك الا ممن يكون أهلا للتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالاكثر. وتتبع فى القسمة القواعد المقررة فى القانون المدنى » بحيث انه لا يجوز أن يزيد هذا الزمن عن خمس سنوات . بمعنى انه اذا زادت المدة عن خمس سنوات فلا يبطل الاتفاق الا فيما زاد عن المدة . ويبقى الاتفاق صحيحاً فيما يتعلق بمدة خمس السنوات فقط(١)

وقرر القانون المدنى الفرنسى بالمادة ٨١٥ ما يأتى : « لا يكره أحد على البقاء فى الشيوع . ويجوز طلب القسمة فى كل آن برغم الاتفاق على عكس ذلك أو وجود موانع دون القسمة — على أنه يجوز الاتفاق على ايقاف القسمة مدة معينة ولا يجوز أن يكون هذا الاتفاق ملزماً فيما زاد عن خمس سنوات مع جواز

(١) م ر ١ ، ١٩ س ١٣٦ عدد ٩٥ — دى هلس ج ٣ ص ١٧٤ ن ١٤

تحديده » . وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على بقاء الشيوع الى ما لا نهاية . انما يجوز الاتفاق على بقائه زمناً

**١٩٩ — حق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم** . واذا كان حق طلب القسمة حق يطلبه المالك على الشيوع فى كل وقت فيترتب على ذلك أن هذا الحق لا يسقط بمضى الزمن[١] مهما طال الوقت على صاحبه دون أن يطلبه[٢] فاذا مضت على الشيوع مدة ١٥ سنة فلا يسقط حق طلب القسمة . وذلك لان هذا الحق يرجع الى حالة مادية وهى حالة الشيوع ، اذ تتجدد هذه الحالة دائماً وأبداً طالما أن الشيوع قائم . ففى كل وقت يتجدد الشيوع ويظهر من جديد ، ومعه يتجدد حتما حق طلب القسمة ويلازمه فى كل آن ، وبذلك لا يسقط ما دام أنه فى حالة تجدد مستمر . ومما دام أن حق طلب القسمة باق وأنه لا يجوز التنازل عنه والبقاء فى الشيوع دائما ، وأنه حق غير قابل بطبيعته الى السقوط بالتقادم ، وجب اعتبار هذا الحق بهذه الميزات المختلفة حقاً متصلا بالنظام العام واعتبار المادة ٦٢١/٧١١ مرافعات و ٨١٥ مدنى فرنسى كذلك لان الاسباب التشريعية التى حدت بالشارع الى تقرير هذا الحظر أسباب ترجع الى اعتبارات اقتصادية عامة تتعلق بالثروة العامة . فاذا اتفق مالك على الشيوع على البقاء دائما بالشيوع اعتبر ذلك الاتفاق مخالفاً للنظام العام يبطله القاضى مع سكوت صاحب الشأن عن طلبه

ويلاحظ أن الابطال لا يسرى الا على ما زاد عن مدة خمس السنوات كما ذكرنا

**٢٠٠ — فى التكييف القانونى للقسمة** : واذا نظرنا الى القسمة من الوجهة العقلية البحتة لرأيناها أنها لم تخرج عن كونها مبادلة[٣] بين نصيب شائع للشريك وبين حصة مفرزة تعينت له الآن تعييناً نافياً للجهالة [٤] . اذ كان

---

(١) Imprescriptible (٢) كولين وكابتان ص ٧٧٤ (٣) Échange

(٤) وفى ذلك تقول المادة ١١١٦ من المجلة « القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة »

النصيب الشائع غير معين فأصبح الآن معيناً من طريق البدل بين الاثنين . بمعنى أن المالك على الشيوع يصبح من وقت حصول البدل مالكا لما استقر لديه من الجزء المعين المحدود ولا يعتبر مالكا لهذا النصيب المفرز ، من وقت الشيوع . ولكن الشارع خالف هذه القاعدة وقرر بأن القسمة عقد مظهر للملكية [١] لا ناقل لها [٢] وقراره هذا لم يأت الا من طريق الجواز [٣] لا من طريق الحقيقة لأسباب بعضها يرجع لاعتبارات تاريخية والبعض الآخر لأسباب تتصل بالمصلحة العامة [٤] وما دام أن القسمة عمل مظهر لا مثبت [٥] ، ترتب على ذلك أن المالك على الشيوع لا يعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت القسمة بل يعتبر مالكا له من وقت الشيوع السابق على القسمة . وفى ذلك تقول المادة ٤٥٧/٥٥٥ مدنى و٨٨٣ فرنسى ما يأتى « وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة و بعدها ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الاموال التى قسمت » . بمعنى أن للقسمة أثراً رجعياً على ما تقدمها . فاذا تصرف المالك قبل القسمة وعند قيام الشيوع فى نصيبه محدداً بأى تصرف كان ولم يقع هذا الجزء فى نصيبه المقرر بالقسمة اعتبر تصرفه باطلا لان هذا الجزء أصبح ملكا لزميله الآخر الذى اعتبر مالكا لا من وقت القسمة بل من الوقت السابق عليها

**١٠٢ — فى الفرق بين المادة ٤٥٧ أهلى و٥٥٥ مختلط** : ولا يفوتنا القول هنا من ضرورة الاشارة الى الفرق الموجود فى التعبير بين المادة ٤٥٧ الاهلية والمادة ٥٥٥ المختلطة فيما يتعلق بالاثر الرجعى للقسمة وفى أن القسمة مظهرة لا مثبتة ذلك أن المادة المختلطة قررت ما يأتى : « قسمة المال عيناً [٦] تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء فيه حصته الشائعة قبل القسمة بالحصة التى حازها بعد القسمة فتكون

(١) Déclaratif (٢) Translatif (٣) Fiction

(٤) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٧٤ (٥) Attributif

(٦) Partage en nature

نتيجة هذه القسمة كنتيجة البيع » ولاحظ « دى هلس » فى تفسير هذه المادة المختلطة [١] « أنه اذا أخذت على علاتها لقررت قاعدة عكسية لما قررته المادة٤٥٧ الاهلية ونظيرتها المادة٨٨٣ الفرنسية ، أى أن القسمة مثبتة لامظهرة ، أى منشئة لامؤيدة ، وان هذا التفسير مناقض لروح الشيوع فى الملكية والى الاسباب التاريخية التى جعلت الشارع يقرر تأييد القسمة لحق الملكية السابق لا نشائه »

فمن حيث روح الملكية يقول « دى هلس »[٢] « ان للمالك على الشيوع حق ملكية منصب على مجموع الشيء المشاع . وان حق ملكيته هذا منصب على النصيب المفرز الذى تقرر له بالقسمة مادام ان هذا النصيب جزء من مجموع الشيء الشائع وعلى ذلك لاتعتبر القسمة منشئة لحق الملكية وموجدة له ولكنها تعين لكل مالك نصيبه وتنعشه بعد ان كان خاملا [٣] . والقسمة تزيل أثر الحق [٤] الذى كان مقرراً من قبل على الشيء المشاع ، ولكنها تؤيد [٥] وتقرر الحق الذى كان له على الجزء الذى عينته القسمة بالذات واستلمه صاحبه مفرزاً عن بقية الشيء الذى كان بالامس مشاعا » اه ثم قرر بالنبذة نفسها « ان القضاء المختلط أخذ بالمبدأ المقرر بالمادة الفرنسية ٨٨٣ وبالمادة ٤٥٧ الاهلية ولم يشأ الاخذ بالمادة المختلطة التى تناقض المادتين المذكورتين على خط مستقيم . وان الاخذ بالقانون الفرنسى ، باعتباره مصدراً للتشريع المصرى ، فى مثل هذه الحالة لمن الدلائل على مبلغ الحرية الواسعة التى يرجع بها فى تفسير النصوص المصرية » اه

ولقد لاحظنا نحن مع « كابتان » ان القسمة مبادلة بين نصيب كان بالأمس شائعاً ونصيب أصبح اليوم معيناً . أى مبادلة بين حقين : حق نظرى غير معين وحق مبين محدد . وان من نتائج البدل أن يصبح صاحب البدل مالكا من وقت البدل للنصيب المفرز المعين لامن وقت الشيوع . لذا قلنا مع « كابتان » ان فى تقرير الاثر المعروف فى القسمة بأنها مقررة لامنشئة تقريراً من طريق المجاز لا من طريق الحقيقة

(١) ج ٣ ص ١٧٢ ن ٦ (٢) ج ٣ ص ١٧٢ ن ٦
(٣) Il le vivifie (٤) Destructif (٥) Confimatif

أما « دى هلس » فيرى عكس ذلك اذ يقول بأن القسمة طبيعتها مقررة للحق لامنشئة له لأن الحق الذى كان بالامس مشاعا ومنصباً على الشيء جميعه من غير تحديد أصبح معينا بالقسمة فى النصيب المفرز ، لان النصيب المفرز هو جزء من الشيء كله . وهذا الاسلوب فى موضع التحليل العلمى أسلوب وجيه من دى هلس ولو انه يتعارض مع ما قررناه ، اذ نقول نحن مع كابتان بأن القسمة فى أصلها منشئة للحق ، بينما هو يقول بأن القسمة بطبيعتها مؤيدة للحق فالاسلوبان متعارضان والنتيجة فيهما متعارضة أيضاً ولا محالة . وربما كانت طريقة التحليل التى اتبعناها أكبر مطابقة للواقع والحقيقة لما فى مذهب « دى هلس » من التعمل فى جعل الحق فى النصيب المفروز مؤيداً للحق المشاع من قبل . لان أبسط الاسلوبين القول بأن هناك بدلا بين الحق المشاع بالامس والحق المفرز اليوم

هذا من حيث التعليل العلمى لأثر القسمة والتعرف على كيانها القانونى

وأما المادة ٥٥٥ المختلطة التى اعتبرها « دى هلس » مناقضة على خط مستقيم لنظرية الاثر الرجعى فى القسمة فانها تقرر بأن كل شريك يعتبر بأنه باع حصته الشائعة قبل القسمة لشريكه الذى اختص بالحصة المفرزة . فاذا فرض أن زيداً وبكراً مالكان لعقار بحق الثلث والثلثين على المشاع وحصلت القسمة وتجنب لكل نصيبه اعتبر أن زيداً باع نصيبه الشائع وهو ثلث العقار شائعاً الى بكر الذى أصبح صاحب نصيب معين أى أن زيداً باع حصته لبكر فى النصيب المفرز باعتبار أن زيداً له نصيب فيه قبل فرزه وتجنيبه . وكذلك يعتبر أن بكراً باع لزيد نصيبه الذى كان شائعاً فى العقار ، باعه له فى النصيب المفرز . فكل من الشريكين باع للآخر نصيبه فأصبح كل منهما مالكا لنصيبه ونصيب الآخر . لأن زيداً كان له حصة شائعة فى النصيب المفرز له بعد القسمة وقبلها ، وكذلك بكر كان له حصة شائعة فى نصيب زيد المفرز فتأيد حق زيد الذى كان بالأمس شائعاً ، تأيد فى النصيب المفرز له ثم زال عن هذا النصيب حق بكر فيه ، وهو الحق الذى كان شائعاً بالامس . وعلى ذلك يصبح زيد بعد القسمة مالكا لنصيبه

المفرز باعتبار انه كان له فيه بالامس حق ، حق شائع فتأيد هذا الحق بالقسمة. ثم زال حق بكر من هذا النصيب المفرز وهو حقه الذى كان بالأمس مشاعا (واليوم مشاع أيضاً) وزال من طريق ان بكراً باع حقه هذا الى زيد . وهكذا الحال أيضاً بالنسبة لزيد فى تنازله عن حقه لبكر . وعلى ذلك وبناء على هذا التحليل المستفاد من البيع الوارد بالمادة ٥٥٥ مدنى مختلط ، يعتبر ان زيداً مالك بالاصل وبالشراء فبالاصل باعتباره صاحب حق شائع فى هذا الجزء المفرز .وبالشراء باعتباره مشتريا لحق بكر ، الحق شائع بعد القسمة . كأن النصيب المفرز بعد القسمة أصبح محملا بحقين شائعين فيه . حق زيد وحق بكر . فبقى حق زيد فيه قائما ، أما حق بكر فيه فقد زال لانه باعه الى زيد . وعلى ذلك يصبح زيد مالكا للجزء المفرز بتمامه، بعضه بحقه فيه وبعضه بالشراء

وتكون حينئذ القسمة مؤيدة لحق زيد السابق فى الجزء المفرز ( وهى وجهة نظر تؤيد دى هلس فيما ذهب اليه من حيث تحليل القسمة لامن حيث تحليل المادة ٥٥٥ المذكورة ) وأما الحق الذى آل اليه بالشراء من بكر فهو لايملكه الا من طريق الشراء وما كان ليمتلكه من قبل . وبما انه لم يحصل فى الحقيقة بيع من بكر لزيد انما حصل بدل بين الاثنين اذ لم يدفع ثمن بل حصلت مقايضة فى حقين ، اعتبر صاحب البدل مالكا من تاريخ البدل لاقبل البدل ( وهذا يؤيد وجهة نظرنا مع كابتان ) . ولكن اذا كان صاحب البدل لا يعتبر مالكا الا من تاريخ البدل فانه يجب عليه أن يحترم الحقوق المقررة للغير فى ذمة صاحب البدل على الشىء محل البدل . على ان زيداً لا يستطيع أن يحترم هذه الحقوق التى قررها بكر على هذا النصيب . واذا كان لا يحترمها فمن أين جاءت حينئذ قاعدة عدم الاحترام اذ لم يكن من طريق المجاز الذى تكلمنا عنه فى صدر هذا البحث ؟

هذا هو التحليل القانونى للمادة ٥٥٥ مدنى مختلط وهى لا تفيد مطلقاً ان القسمة مؤيدة الا فيما يتعلق بحق زيد المنصب على الجزء المفرز وحق بكر المنصب على الجزء المفرز له . ولكنها لا تعتبر مؤيدة بالنسبة لما كان لبكر من حق شائع

على النصيب المفرز لزيد . وبالنسبة لما كان لزيد من حق شائع على النصيب المفرز لبكر . ولذلك لا نعتبر ان ماقاله «مونورى» فى وضعه لهذه المادة المختلطة قد جاء صحيحا مطابقاً للاصول القانونية . ويعتبر رجوع القضاء المختلط للمادة الفرنسية ٨٨٣ [١] وللمادة الاهلية ٤٥٧ رجوعاً لا يستقيم الا اذا تأيد بأدلة قانونية علمية مستقاة من القانون . وهذا ماجعل « دى هلس » يرجع فى تعليل الاثر الرجعى للقسمة الى هذا التحليل الذى قال به والذى خالفناه نحن فيه

هذه هى القسمة الطبيعية [٢] التى تضع حداً للشيوع . وهناك نوع آخر يضع حداً للشيوع أيضاً وذلك اذا أصبح أحد المالكين على الشيوع مالكا للشيء المشاع كله من طريق شرائه له من بقية الشركاء أو ان الشركاء أنفسهم يبيعون الشيء المشاع الى غيرهم صفقة واحدة

**٢٠٢ — قسمة المهايأة** : يحصل أن لا تقع القسمة بطريقة نهائيـة فى الملـكية بل تكون محصورة فقط فيما يتعلق بالمنفعة فيقتسم الشركاء منفعة العقار المشاع بعقد أو بغير عقد وتسمى القسمة هذه قسمة مهايأة [٣] وهى لا تنصب على الملـكية . ويجوز عمل قسمة أخرى عن الملـكية وترك هذه القسمة المؤقتة . وعلى ذلك يكون وضع اليد على الانصبة المفرزة مهايأة وضعاً يحول دون تملك ملـكية النصيب المفروز بالتقادم مهما طال الزمن طالما أن اليد يد انتفاع مجرد عن التمليك لهـذا الجزء المعين . انما يجوز اذا طال الزمن وتبين بأن نية الشركاء قد انصرفت الى تملك الجزء المفرز تملـكا عينياً منصباً على الملكية والمنفعة معاً ونمت مظاهر اليد على هـذه النية ، كما اذا تصرف البعض وصادقه الشريك الآخر أو بنى على مرأى ومسمع من شريكه . اذا حصل ذلك اكتسبت الملـكية بالتحديد مع التقادم . على أنه لا يجوز الاخذ بالتقادم فى هذه الاحوال الا مع الاحتياط الدقيق حيث أن حالة الشيوع كما قررنا من قبل حالة تتجدد كل يوم وكل ساعة

(١) م ت ق ، ١ ، ١٤٧ — ٢ ، ٤٠٩ (٢) Partage en nature
(٣) Partage provisionnel

ولذا يعتبر أن حق الشريك فى طلب القسمة حق دائم يتجدد هو الآخر مع تجدد الشيوع . وانما يزول حق طلب القسمة اذا صدرت أعمال من الشريك المشاع تنم على رغبته فى أنه اختص بالجزء الذى ينتفع به ومضى على هذا الاعتبار الزمن المسقط للحق والمكسب للملكية

وعقد قسمة المهايأة عقد كبقية العقود لا يسرى الا على من كان طرفا فيه . وعلى ذلك اذا جاء بعض الشركاء دون البعض الآخر واتفقوا على قسمة العقار قسمة مهايأة واختصوا بنصيب لهم وتركوا نصيب البعض الآخر الذى لم يشترك معهم فى العقد وانتفعوا فعلا بنصيبهم ولم ينتفعوا بالنصيب الآخر ، فهل يجوز لهذا الآخر أن يطالبهم بنصيبه فى قيمة ما انتفعوا به باعتبار أن عقد قسمة المهايأة لا يسرى عليه لانه لم يكن طرفا فيه ، وباعتبار أن حقه الشائع لم يمس بشيء طالما أن القسمة لم تحصل وانه فى حل حينئذ من مطالبة كل شريك انتفع بالعقار كله أو بعضه ، مطالبته بنسبة نصيبه هو فيما انتفع به الشريك المنتفع ؟ أجاب القضاء المصرى بالايجاب (١)

واننا نتردد كثيراً فى اقرار هذا المذهب القائل بأن للشريك فى الملك الشائع حق مطالبة باقى شركائه بالريع اذا لم يثبت أن هؤلاء وضعوا أيديهم على أكثر من نصيبهم . ولقد لاحظنا فى مجال العمل أنه لا يقضى لهذا الشريك بشيء ما اذا ظهر بأن نصيبه ترك له ولم ينتفع به أحد من بقية الشركاء . نعم ولو أن عقد قسمة المهايأة لا يسرى عليه لأنه لم يكن طرفا فيه . ولكن لبقية الشركاء الحق فى الانتفاع بأنصبتهم كما هو له الحق أيضاً فى الانتفاع بنصيبه . وبما أن الانتفاع على الشيوع مستحيل عملا فلاسبيل للانتفاع الامن طريق اختصاص كل شريك

(١) استئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ م ر ١ ، ١١ ص٢٤٣ عدد ٩١ . وجاء ضمن أسباب الحكم ما يأتى :

« وله حينئذ أن يطالب كل واحد من شركائه بنصيبه فى الريع الناتج من الجزء الذى انفرد هذا الشريك بوضع يده عليه — وحيث أن القسمة الزراعية لا تعطى للمتعهدين الا حقوقاً شخصية لبعضهم على بعض ولا تسرى أحكامها على الغير خصوصاً على المشترى »

بأن ينتفع بقدر لا يتعدى نصيبه . وأن يترك نصيب الآخر دون الاعتداء عليه من طريق الانتفاع وهـذا ما يطابق العـدالة . نعم ولو أن لمن لم ينتفع ومن لم يدخل طرفا في عقد قسمة المهايأة حق شائع على العقار كله وهو منصب على الجزء الأول الذى ترك دون انتفاع وعلى الجزء الآخر الذى انتفع به المتعاقدون بالمهايأة ، الا أن هـذا القول ولو أنه قانونى محض من الوجهة العلمية النظرية الا أنه لا يمكن الأخذ به عملياً مع العدالة . واذا تعارضت العدالة مع أصل فنى علمى قانونى بحت وجب الاخذ بالاول دون الثانى لان الاول عملى والثانى خيالى

انما تصح المطالبة فيما اذا انتفع بقيـة الشركاء بكل العقار ، أو انهم انتفعوا بالجزء الأهم وتركوا الجزء غير المهم أى لم ينصفوا فى تعيين الانصبة بالمهايأة

وانا اذا قلنا بما قال به القضاء بجواز المطالبة بالتعويض للشريك الذى لم يشأ أن ينتفع بالمرة لترتب على ذلك أن العقـار يظل بدون استغلال لان كل شريك يعمل على استغلال نصيبه بالمهايأة ويعرف بأنه سيدفع لشريكه الآخر المهمل نصيبه فى المنفعة، يحجم عن العمل وعن الانتفاع وهذا ضار بالمصلحه العامة والثروة العمومية واذا أخذنا بنظرية التفاضل التى استندنا اليها كثيرا فى مواطن عدة بنظرية الالتزامات(١) (فيما يتعلق بالتحويل وأيهما أولى بحماية القانون. هل المحول اليه أو المدين) لرجحنا جانب الشريك المنتفع بنصيبه فقط على الشريك المهمل الذى لم يحرك ساكناً. لان الشريك المنتفع انما انتفع بحق له مقرر من قبل . نعم وان كان لشريكه حق فى الجزء الذى انتفع به الشريك المنتفع، الا ان هذا الحق تحول مؤقتاً الى النصيب المتروك . وان أدلى بأنه لم يكن طرفاً بالعقد فعدم دخوله يرجع اليه لا الى الآخرين. فاذا كان قد لمح مطعنا على قسمة المهايأة ثم سكت فلا يجاب الى طلبه فى المطالبـة بريع لم يعمل فيه شيئاً ما . لان سكوته لا يفسر الا بالرضاء أمام استغلال عيانى ظاهر ، أو بالاهمال فى الطعن على عمل لم يطعن فيه وعلى ذلك نرجح من وجهة العدالة . عدم تقرير حق ما لهذا الشريك فيما انتفع به بقية الشركاء بما لا يخرج عن انصبتهم

(١) انظر مثلا ص ٤٥٢ ن ٤٥٨ من الالتزامات

ويحصل أن تكون القسمة النهائية مقصورة فقط على فرز نصيب احد الشركاء واخراجه من دائرة الشيوع ثم ترك باقى الشركاء فى حالة الشيوع وهذا ما يسمى بالقسمة الجزئية[1]

**٢٠٣ – أنواع الشيوع** : قلنا ان الشيوع مؤقت ولكن يجوز أن يكون على خلاف ذلك فيما يأتى : أولا . فيما اذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة قصيرة وهم ينشدون بذلك مصلحة خاصة ( المادة ٨١٥ مدنى فرنسى فقرة ٢ ) ثانياً . اذا كانت السفينة مملوكة لجملة اشخاص فلا يجوز طلب بيعها عند عدم امكان قسمتها الا اذا كان الطلب مقدماً ممن يملكون نصفها على الاقل . الا اذا وجد شرط يخالف ذلك بعقد الملكية على المشاع ( المادة ٣٤ بحرى و٢٢٠ فرنسى ) . — ثالثاً . يحصل أن يكون الشيوع قائماً من طريق الاكراه والاجبار[2] وفى هذه الحالة تغلب عليه صفة الخلود أى يعتبر الشيوع مؤبداً [3]

ونرى الآن ان نتكلم هنا على النوع الاخير من الشيوع الخالد

## ٣ — فى الشيوع الدائم

**٢٠٤** — هناك انواع مختلفة للشيوع الدائم . وتتفق جميعها فى انها تمتاز عن الشيوع العادى بأن يكون لكل مالك على الشيوع حق استعمال الشىء استعمالا ماديا بطريقة أوسع مجالا وأقل حيفاً من الشيوع العادى وان يكون له حق ايضاً فى تعديل طريقة الا نتفاع وكيفية الاستعمال . وهذه السعة فى استعمال الحق عند قيام الشيوع المؤبد انما ترجع لهذه الصفة صفة خلود الشيوع نظراً لما يعانيه عادة المالكون على الشيوع العادى من المضايقات التى يترتب عليها غل أيدى المالكين[4] من العمل على اصلاح الشىء المملوك[5] واستغلاله

وأما الصور المختلفة لهـذا الشيوع الدائم فهى ثلاثة : (١) الاشتراك فى

---

(١) Partage partiel (٢) Copropriété avec indivision forcée
(٣) Indivision perpétuelle (٤) Communistes (٥) Inertie

الملكية على الشيوع الاجبارى [1] — (٢) ملكية طبقات الدار [2] — (٣) الاشتراك فى ملكية الحائط المشتركة [3]

ونرى ضرورة التكلم على كل منها :

## ١ — النوع الاول . الاشتراك فى الملكية على الشيوع الاجبارى

### § ١ — أحوال مختلفة

**٢٠٥** — هذا النوع من الشيوع الموصوف بأنه اجبارى يجب ان يكون فى الاصل خالداً . ويقع هذا النوع اذا قضت به حالة مادية معينة [4] اذ يصبح نتيجة حتمية لها لا مفر منه . أو يقضى به اتفاق صريح بين المتعاقدين اذا لاحظوا أن الضرورة تقضى به

ولقد ظهر من طريق الاستقراء والمشاهدة أن هذا الشيوع الاجبارى هو شيوع غير مؤقت أى شيوع خالد . ذلك لان الشيوع فى هذه الحالة ليس ضاراً بالمالكين ذلك الضرر الذى عرفناه فى حالة الشيوع العادى بل هو على العكس من ذلك نافع كل النفع ويستفيد منه المالك له كل الاستفادة من حيث الاستغلال والاستعمال لانه ضرورى وهام لجميع الشركاء . وفوق ذلك فانه لا يخشى معه من وقوع النزاع وتكراره بسبب الشيوع العادى مادام الكل ينتفعون بلا قيد يحد من حقوقهم ولا مضايقة تعطل عليهم حق التمكن من الانتفاع . ولا محل للتخوف من أن فى تقرير الشيوع الدائم ما يذهب بقيمة الاشياء من طريق حرمانها من مزية التنقل من يد الى يد بما فيه زيادة لقيمتها وترويج للثروة العامة ، ذلك لان طريقة الانتفاع بهذا الشىء المشاع شيوعا دائماً تجعله لا يقبل التنقل من يد الى يد

وللاشتراك فى الملكية على الشيوع الدائم طائفتان

---

(١) Copropriété avec indivision forcée (٢) Propriété des étages
(٣) La mitoyenneté des clôtures (٤) État de fait

**الطائفة الاولى** : يقع الشرط القاضى ببقاء الشيوع الدائم لمناسبة تملك الاشياء التى تعتبر فى ذاتها أشياء أصلية [١] والتى تعتبر انها وقف على أفراد معينين أسرة كانوا أو فريقاً معيناً ، وذلك من حيث الاستفادة منها استفادة عامة . مثال ذلك مقابر الاسرة [٢] وأوراق ووثائق الاسرة [٣]

**والطائفة الثانية** : وهى أهمها وعلى جانب عظيم من الاهميــة فى عالم الحياة الجوارية اذا كان الشيوع الدائم نتيجة تبعية [٤] لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد وبجملة ملاك وكان من اللازم من انشاء مرافق لها يستعين بها أصحاب العقارات فى استغلال عقاراتهم ، مثل انشاء ممشى [٥] بين العقارين أو ترك محل فسيح بينهما [٦] بمثابة حرم لهما وغير ذلك بحيث تعتبر هذه المماشى والميادين المتروكة مخصصــة جميعها للمنفعة الخاصة بالمالكين . وينشأ الممشى هكذا وعلى الاخص فيما اذا لاحظ مالكا العقارين انه من المتعذر أن يحدث كل منهما طريقاً بأرضه فيتفق الطرفان على أن يترك كل منهمـا جانباً من أرضه حتى اذا ما التصق الجانبان كونا طريقا فسيحاً نوعا ما يسهل على المالكين المتجاورين الخروج والدخول والانتفاع العقارى بوجه عام

هذه هى حالة الضرورة التى يقضى بها وجود عقارين متجاورين لا بد لهما من انشاء طريق خاص بينهما . وهناك حالة أخرى لا تقضى بها الضرورة بل توعز بها المنفعة المتبادلة بين ملاك يرون من طريق تسهيل استغلال أملاكهم احداثها بحيث تكون وقفاً فى الانتفاع عليهم . كما اذا اشترك ملاك غابات على احداث مصنع لنشر الاخشاب المستخرجة من الغابات المملوكة لهم . أو كأن يشــترك مزارعون على انشاء وابور صــغير لحليج أقطانهم قبل بيعها . وغير ذلك من الامثلة طبقا لظروف الاحوال

---

(١) Choses principales (٢) Tombeaux (٣) Papiers et titres
(٤) L'accessoire (٥) Allé (٦) Cour

والآن وقد عرفنا ذلك فلنبحث عن حقيقة التكييف القانونى لحقوق المالكين على الشيوع هذا الدائم

## § ٢ — فى التكييف القانونى لحق المالكين على هذا الشيوع الاجبارى

**٢٠٦** — لاجل الوقوف على حقيقة هذا الحق وكيانه القانونى [١] نضرب هنا مثل الطريق والممشى المتروك بين عقارين متجاورين لايتجاوز عرضه مترين ولننظر الى أى مدى يصل حد كل من الجارين فى هذا الطريق

يجوز القول هنا بأن أقل جار من الجارين يملك متراً من الطريق فى عرضه مبتدئا من أرضه وينتهى الى وسط الشارع [٢] وبما ان هذا العرض متر واحد لايكفى لاستعمال الطريق من المرور وغيره فيعتبر ان لكل من الجارين حق ارتفاق على المتر عرضا المملوك للجار الآخر أى حق ارتفاق مرور [٣] يستعين به على ما يملكه من المتر عرضا فى سبيل الانتفاع بالطريق كله (وهذا هو ما تقول به المادة ٣٣ من القانون الزراعى [٤] الفرنسى الصادر فى ٢٠ اغسطس سنة ١٨٨١ بشأن مسالك الاستغلال [٥] المنشأة بين صغار المزارعين حتى يصلوا بها الى الطريق العام ) ويقول الشارحون [٦] بأنه يجوز أخذاً من طريق القياس اعتبار الطرق الاخرى المشابهة لهذه المسالك فى مرتبتها من حيث تقرير حق ارتفاق المرور المذكور وأيدوا رأيهم هذا بما أقرهم عليه القضاء الفرنسى [٧] ولكن القضاء الحاضر لايرى فى مثل هذه الاحوال ان هناك ارتفاقا على الشيوع [٨] بل يرى انه نوع من أنواع الاشتراك فى الملكية بين الجيران أى شيوع فى الملكية ليس الا [٩] وان هذا الشيوع

---

(١) Nature juridique (٢) Médiane (٣) Servitude de passage
(٤) Code rural (٥) Chemins d'exploitation
(٦) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٧٦ (٧) ١٠ ديسمبر سنة ١٨٢٩ S. chron
(٨) Servitude d'indivision (٩) Copropriété

ينصب على الشيء المملوك جميعه [١]

والفرق عظيم بين نظرية ارتفاق المرور ونظرية الشيوع في الملكية وتظهر هذه الفروق فيما يأتي :

١ ) اذا فرض ووجد الممشى بين العقارين المتجاورين وكان عرضه أقل من مترين باعتبار أن كل جار ترك أقل من متر من ملكه ، ثم جاء أحدهما وأراد ان يفتح مطلا مستقيما بملكه أى شباكا طويلا عريضاً للرؤية والنظر . فاذا أخذنا بنظرية ارتفاق المرور فلا يجوز للجار أن يفتح هذا المطل لانه لم يترك من ملكه متراً كاملا بل ترك أقل من متر ( المادة ٦١/٣٩ مدنى و٦٧٨ فرنسى ) لأن مقدار ما تركه يبتدئ من أرضه وينتهى الى الخط الوهمى الموجود فى وسط الطريق [٢] وعلى العكس من ذلك اذا أخذنا بنظرية الشيوع فى الملكية فانه يجوز لكل منهما أن يفتح ما يشاء من المطلات المستقيمة ما دام انه يعتبر مالكا لما تركه شائعاً فى الكل لا معينا فى جهة بالتمليك وفى جهة بالارتفاق [٣]

٢ ) اذا فرض وظل أحد الجارين لا ينتفع بالطريق الفاصل بين العقارين مدة ١٥ سنة فاذا أخذنا بنظرية الارتفاق زال حق الارتفاق عن صاحبه وعلى ذلك لا يملك الجار المهمل بعد ١٥ سنة حق الانتفاع بالطريق بعرضه المكون مما تركه هو ومما تركه جاره الملاصق له . لأن حق الارتفاق يزول أيضاً بالتقادم كما سنرى ذلك فيما سيأتى بعد . وعلى العكس من ذلك اذا أخذنا بنظرية الشيوع فى الملكية اذ تظل حالة الشيوع قائمة وتدوم معها الحالة القانونية لكل من المالكين على الشيوع لان حق الملكية بطبيعته حق دائم لا يزول من نفسه بعد استعماله

كل هذا فيما اذا لم يتفق الجاران على نوع الانتفاع بالطريق هل هو على سبيل الارتفاق أو على سبيل الشيوع فى الملكية ( أى اذا لم يوجد عقد بينهما يبين كنه الحالة القانونية لحق الانتفاع بالطريق . وأما اذا وجد عقد بذلك وجب الأخذ به فيما نص عليه )

(١) د ، ٩٤ ، ٣٢٩ والتعليق عليه (٢) Ligne mẹ́diane

(٣) د ، ٥١ ، ١ ، ٢٥٦ — س ، ٥١ ، ١ ، ٤٠٤

والذى نراه الأخذ بنظرية الشيوع فى الملكية لانها تتفق مع أغراض المالكين ولان فى الاخذ بهـا دواماً للانتفاع واستقراراً لاستغلال الطريق المشترك . ولا تتحقق هذه الاغراض والمنافع اذا أخذ بنظرية الارتفاق

## ٣ — فى حقوق وواجبات المالـكين على الشيوع الدائم

**٢٠٧** — لقد رأينا أن حقوق المالكين على الشيوع الدائم أوسع بكثير من مثلها فى حالة الشـيوع المؤقت وان المالك هنا يستطيع الاستغلال بسهولة والانتفاع بالشىء المشاع . وعلى ذلك يجوز له الانتفاع بالشىء المشاع دائمـاً كما ينتفع به فيما لو كان ملكه وحده تماماً . ويجوز حينئذ للمالك أن يفتح أبواباً ومطلات على الطريق المشترك أو على الميدان الذى تركه الجيران حرماً بينهم وفاصلا لاملاكهم[1] . ويجوز لكل جار أن يترك مياه الامطار تنساب من ملكه الى الطريق المشترك . والقيد الوحيد الذى يقيد به كل جار ازاء الآخر انما هو أن لا يعمل فى سبيل انتفاعه بالشىء المشترك بما يعطل على الآخرين حقوق انتفاعهم هم الآخرين بهذا الشىء . فاذا عمل الجار مافيه تعطيل للجار فى انتفاعه منع من ذلك . كما اذا جعل ميدان موقوف على منفعة الجيران ، مكاناً للوقوف[2]

وبما أن لكل من الجارين أو الجيران حق الانتفاع المشترك بينهم فيترتب على ذلك ما يأتى :

١ ) يجوز فى نظرنا لكل من الجيران الشركاء أن لا يقتصر فقط على الانتفاع بالشىء المشاع لمصلحة العقار الملاصق لجاره ، بل يجوز له ايضاً ان يصرف هذا الانتفاع الى العقارات الاخرى التى يمتلكها فيما بعد وبعد تقرير الشيوع فى الطريق أو الميدان مثلا . وعلى ذلك يجوز لمالك الغابة أن يحضر اخشابه المنزوعة من الغابات المملوكة له فى جهات أخرى ويقطع اخشابها بمصنع القطع الذى انشئ

---

(١) د ، ٤٦ ، ١ ، ١٣٩ . س ٤٦ ، ١ ، ٤٨٧

(٢) د ، ٩٠١ ، ١ ، ٢٧٧ . س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٢٨٥ — كولين وكابتان ج ١ ص ٧٧٧

بالاشتراك معه ومع جيرانه من ملاك الغابات المجاورة ، وكذلك الحال فى وابور حليج القطن كما ذكرنا . ذلك لانه فى انتفاعه بالشيء المشاع بهذه الطريقة فانه لم يخرج عن كونه يستعمله كما يستعمل الشخص الشيء ملكه وحده بتمامه . ولا ينتج من عمله هذا ضرر بمصلحة الشركاء الآخرين ما دام انه لم يغير من طريقة استعمال هذا الشيء وما أعد له من النفع[1] ولكن اذا ترتب عن هذا العمل اضرار بحقوق الجيران وجب منعه حتما

٢) كذلك اذا أراد المالك على الشيوع الدائم ان يحدث تعديلا أو يعمل اصلاحا بالشيء المشاع الدائم فلا يكون فى حاجة الى ضرورة اخذ رضاء الشركاء الآخرين ذلك الرضاء الذى يعتبر أمراً ضروريا فى حالة الشيوع المؤقت . كل هذا على شرط أن لا يكون من شأن التعديل[2] أو التغيير[3] ما يمس بما اعد له الشيء من حيث الانتفاع به[4] وعلى ذلك يجوز لهذا المالك على المشاع أن يحيط الطريق المشترك بسور من الحديد[5] وله رفع أرض الميدان المتروك بين الجيران حتى يسهل انسياب المياه الراكدة[6] ويعمل الجار كل ذلك حتى ولو عارضه شركاؤه فيه

هذا فيما يتعلق بحقوق الملاك على الشيوع الدائم

واما فيما يتعلق بواجباتهم فانه لا يجوز للمالك ان يطلب القسمة لانها محظورة عليه بطبيعة دوام الشيوع[7]

---

(١) د ، ٩٥ ، ١ ، ٤٨١ ومقال Carré de Malberg — كواين وكابتان س ٧٧٧

(٢) Modifications (٣) Transformations

(٤) د ، ٩٩ ، ٢ ، ٤٤٠ — س ، ٩٠٠ ، ٢ ، ١٤١

(٥) Grille د ، ٩٧ ، ١ ، ١٠٤ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٢٧٩

(٦) د ، ٩٥ ، ١ ، ٥٠٨

(٧) د ، ٩٠٩ ، ١ ، ٣١٦ — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ٤ — ١ الباندكت الفرنسية ٩١٣ ، ٢ ، ٢٦٩ وورد ذلك أيضاً بمجلة الشرائع ١ ص ٦٥ عدد ١١٨ حيث لا يجوز طلب قسمة المنافع المشتركة لمنزل مركب من عدة أدوار مملوكة لملاك مختلفين . ولكن اذا قدم العهد على هذه المنافع بحيث أصبحت لا تصلح لاداء ما كانت قد أعدت له من قبل فيجوز حينئذ طلب قسمتها ولايجوز له التنازل عن حقه الى أجنبي خارج عن دائرة الشركاء

وعليه أخيراً أن يتحمل القيام بنصيبه فى المصاريف التى تصرف فى تصليح الشيء المشاع ، أخذاً بالمادة ٦٥٥ مدنى فرنسى الخاصة بالحائط المشتركة باعتبارها عامة هنا

## ب — النوع الثانى . فى ملكية طبقات الدار

**٢٠٨** — قلنا ان الشيوع الدائم على جملة صور . وقد تكلمنا على الصورة الاولى منها وهى الخاصة بالشيوع الاجبارى . والآن نتكلم على نوع آخر وهو الخاص بملكية طبقات الدار أو أدوار المنزل [1] وذلك أن المنزل اذا تكون من جملة أدوار جاز أن يكون لكل دور مالك ويقال لمن يملك الدور الأعلى صاحب العلو ولمن يملك الدور الأسفل صاحب السفل ويغلب هذا النوع من الملكية الشائعة فى البلاد التى يكثرفيها العمران دون أن يتعدى كثيراً دائرة البلد الواحد كما لوحظ ذلك مثلا بمدينة جرينوبل [2] اذ أحيطت بأسوار [3] فعمد الاهلون فيها على توسيع عمرانها فى رفع المنازل طبقات وتعدد ملاك هذه الطبقات . على أن جمهور المقاولين بها قد لاحظ أنه من أسباب رواج أعمالهم من طريق المضاربة والجرى وراء الربح والمكسب أن يقيموا بذلك البلد عمارات كبرى ذات طبقات مختلفة وأن يبيعوها طبقة طبقة الى الاهالى حتى يسهل على المشترين شراء طبقة واحدة وذلك أولى له من شراء منزل على حدة أو شراء حصة فى بيت ولوحظ أن فى هذا العمل تسهيلا على صغار الملاك فى امتلاك بيوت بالمدن . وربما نشأ عن هذا النوع من الشيوع فى الملك منازعات دائمة بين ملاك الطبقات لدوام الاحتكاك فى الانتفاع المشترك . وهذا ما دعا الشارع الالمانى الى تقرير الحظر فى هذا النوع من الملكية على الشيوع اذ قرر بالمادة ١٠١٤ بعدم جواز تقسيم طبقات المنزل الواحد على جملة ملاك . ويرى الناقدون أنه لا محل لهذا الحظر التشريعى الالمانى

---

(١) Propriété par étages (٢) Grenoble

(٣) Enceinte de remparts

لان هذه المنازعات المحتملة ان هى الا نظرية أكثر منها حقيقية وان مايتخاصم فيه ملاك الطبقات أمام القضاء ليس بالشىء الذى يجعل هناك محلا للتشريع له من طريق التخوف منه (١)

ولقد ورد بالقانون الفرنسى نص واحد وهو المادة ٦٦٤ . وبالقانون المصرى المواد ٣٤/ ٥٥ — ٣٧/ ٥٨ مدنى . وبالشريعة الاسلامية المواد ٦٤ — ٦٨ من مرشد الحيران

**٢٠٩ — فى الكيان القانونى لهذا الحق**: ليس بين ملاك الطبقات شيوع بالنسبة للدار جميعه . انما يملك المالك طبقته فى الدار ولا يملك وحده خلافها . ولكن اذا استقل كل مالك بطبقته فان الشيوع قائم بينهم مع ذلك فيما يتعلق بالاجزاء من العقار التى تعتبر وقفاً على الجميع كالحائط الضخمة والسقف (٢) والسلم والباب العمومى (٣) والبئر والمرحاض(٤) والصاعد (٥) وتعتبر الارض التى أقيم فوقها البيت ملكا شائعاً أيضاً بين جميع الملاك

ولهذا النوع من الملكية خاصية هامة وهى أن الدار الواحد يملكه جملة ملاك وكل مالك مستغل للطبقة التى يملكها . وسند ملكيته اما عقد شراء أو اعلام التوريث . والغالب فى هذا النوع من الملكية أن يكون ناشئاً عن الميراث فيتقاسم الورثة للمورث الواحد الدار المخلف عنه فيأخذ البعض الدور العلوى ويختص البعض الآخر بالدور السفلى . ويسمى الاول بصاحب العلو والثانى بصاحب السفل . فاذا وجد سند التمليك أخذ به . واذا لم يوجد وجب الرجوع لنصوص القانون باعتبار أن الشارع قد أملاها بالنيابة عن العاقدين لانها هى التى كان يجب عليهما املاءها على بعضهما البعض فيما اذا نصا عليها بالعقد(٦)

---

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٧٨ (٢) Toit (٣) Porte d'entrée
(٤) Foss d'aisance (٥) Ascenseur (٦) راجع الالتزامات فيما يتعلق بالنصوص الآمرة Imperatifs والنصوص الاختيارية Supplétifs

وقد عنى الشارع بتقرير واجبات كل من صاحب السفل وصاحب العلو

**٢١٠ — واجبات صاحب السفل :** تقول المادة ٣٤/٥٥ مدنى ما يأتى :
« يجب على مالك السفل[(١)] من طبقات الاماكن[(٢)] اجراء الاشغال[(٣)] والعمارات[(٤)] اللازمة[(٥)] لمنع سقوط[(٦)] العلو[(٧)] . — فاذا امتنع من اجراء العمارات المقتضية لحفظ العلو المذكور[(٨)] جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه فى المكان . — وعلى كل حال فللقاضى المعين فى المواد الجزئية[(٩)] أن يأمر باجراء الاعمال الضرورية »[(١٠)]
فمن أخص واجبات حق السفل ان لايعمل على ما فيه تهـدم العلو بل بالعكس هو ملزم بالقيام من عنـده باجراء الاعمـال اللازمة لحفظ كيان العلو . فاذا امتنع اما متعمداً ، أو لعوز نزل به وجب الحكم ببيع سـفله . نقول بالوجوب ولا نقول بالجواز لان القـاضى لا يخرج فى حكمه عن البيع على صاحب السفل اذا أبى هـذا الاخير[(١١)] ولا يملك القضاء الزامه بالتصليحات[(١٢)] وهـذا هو حكم القانون . وربما رأى الشارع ان فى اكراه صاحب السفل قضاء على القيام بالاعمال التى تحول دون تهدم العلو اعناتاً بحرية صاحب السفل واكراهاً له على غير ما يريد ولذا لا سبيل هنـا الا الى بيع السفل على صاحبـه . واذا كانت حالة العقار من الخطورة بحيث يخشى أن يقع من الاضرار المحتملة جاز اتخاذ الاحتياطات اللازمة بواسطة قاضى الامور المستعجلة[(١٣)]

(١) Étage inférieur (٢) Bâtiment (٣) Travaux
(٤) Constructions (٥) Nécessaires (٦) Chute
(٧) Étage supérieur (٨) Consolidation nécessaire
(٩) Juge sommaire (١٠) Travaux urgents
(١١) فتحى زغلول باشا ص ٦٢ الهامش رقم ١
(١٢) أنظر عكس ذلك استئناف ٦ مارس سنة ٩١٩ م ر ١ ، ٢٢ ص ١٥ عدد ٨
(١٣) المادة ٣٤ مدنى أهلى تقول بواسطة قاضى الامور الجزئية juge sommaire . لانه هو قاضى الامور المستعجلة . بخلاف المـادة ٥٥ مختلط فانها قالت بواسطة قاضى الامور المستعجلة juges des référés وكان الاولى أن يقول الاهلى كما قال المختلط لانه هو التعبير الاصح

وما القول فيما اذا سقط البناء ؟ وما هو واجب صاحب السفل فى هذه الحالة ازاء صاحب العلو الذى يستند اليه ؟ — رد الشارع على ذلك بقوله بالمادة ٣٧/٥٨ مدنى ما يأتى : « اذا سقط البناء [١] يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته [٢] والا جاز بيع ملكه بالمحكمة » . ولم يقل الشارع الزام صاحب السفل بتجديد البناء عند انتفاعه. ونظرية الشارع واحدة فى الحالتين . أى اذا امتنع صاحب السفل عن أداء الاعمال الحافظة لكيان الدور الأعلى ، أو امتنع عن تجديد البناء عند تهدمه ، فلا يكره على شىء من ذلك كله ، انما يباع عليه نصيبه أرضاً وبناء فى الحالة الاولى وأرضاً فى الحالة الثانية

هذه القاعدة فى أن لا يكره صاحب السفل على القيام بأعمال الصيانة فى مصلحة صاحب العلو ( المادة ٣٤/٥٥ مدنى ) ولا على تجديد العقار اذا تهدم ( المادة ٣٧/٥٨ مدنى ) بل يباع السفل على صاحبه اذا أبى القيام بما كلف به ، قاعدة خاصة بمالكى الطبقات . ويظهر لنا أن التزام مالك السفل بالقيام بأعمال الحفظ والتجديد التزام تخييرى بالنسبة له ، ان شاء قام به ، أو بيع عليه حقه . أى لا يملك الدائن وهو صاحب العلو الزامه باعمال الحفظ والتجديد اذا أبى . وعلى ذلك يجب الرجوع هنا الى الالتزامات التخييرية ولا يصح الرجوع ، كما زعم بعضهم الى المواد ١١٧/١٧٣ مدنى وما بعدها الخاصة بالالتزام غير الاختيارى بالنسبة للدائن. لان الاصل أن الدائن يطالب بأصل التزامه عيناً اذا استطاع . فاذا استحال عليه جاز له التعويض. وهو فى حل فى الحالتين من المطالبة بأحدهما باعتبار انه مخير بين طلب الاصل أو التعويض [٣] هذا اذا لم يكن الالتزام تخييريا بالنسبة للمدين . أما اذا كان كذلك فالاختيار يرجع للمدين لا للدائن . ويبين لنا ان المواد ٣٤—٣٧ مدنى انما أشارت الى هذا النوع بالنسبة للمدين لا للدائن . وبناء على ذلك نرى أنه لا محل لان يتولى صاحب العلو اجراء أعمال الصيانة أو التجديد ثم الرجوع بها على صاحب السفل ،

---

(١) Tomber　　(٢) Reconstruire

(٣) الالتزامات ص ٢٦٦ ن ٢٨٠ ومابعدها

أو مطالبته بتعويض ما . لان المواد ٣٤ — ٣٧ تقرر أحكاماً خارجة عن القاعدة العامة المقررة بالمادة ١١٧ وما بعدها ، أى تعتبر استثناء للقاعدة العامة

ولا يرى القضاء المصرى رأينا بما أقرنا عليه فتحى باشا زغلول كما رأينا. بل يرى القضاء عكس ذلك [1] ويقضى بأن المواد ٣٤ — ٣٧ خاضعة للمادة ١١٧ فيما يتعلق بالتجويز لصاحب العلو بالقيام بأعمال الصيانة والتجديد لا فيما يتعلق بالتعويض، ورجع فى التجويز بأعمال الصيانة والتجديد الى المادة ٦٧ من مرشد الحيران، وفى عدم التجويز بالمطالبة بالتعويض الى الحكمة التشريعية التى قلنا بها نحن وهى كما تقول المحكمة ضمن أسباب الحكم المشار اليه : « وحيث أن الحكمة فى هذا ظاهرة وهى أن تكليف صاحب السفل بالبناء والزامه بالتعويض عند عدمه قد يكون فيه الزام بمستحيل وتكليف بما لا يستطاع لجواز عدم قدرته بالبناء على ذلك . وبديهى أن الالزام فى مثل هذه الحال لا يجيزه عدل ولا قانون » [2]

وقد أصاب القضاء فى الشطر الثانى من المبدأ ، وهو عدم الحكم بالتعويض ، ولم يصب فى الشطر الاول منه . لان نفس التعليل فى الثانى هو بعينه للشطر الاول . لانه فى التجويز لصاحب العلو بأن يستعين بالمادة ١١٧ بأن يعمل ما كان يعمله صاحب السفل فيما لو رضى هذا الأخير من القيام بأعمال الصيانة والتجديد ذريعة الى مطالبة صاحب السفل فيما بعد بما أجراه صاحب العلو . فاذا تعذر الدفع على صاحب السفل نفذ عليه خصمه بأنه يبيع بالقضاء والمزاد الجبرى كل ما يملكه صاحب السفل من حق السفل وغيره بما جمعته يده من عقار ومنقول . وهذا لا يتفق البتة مع ذلك التعليل فى عدم التجويز بالمطالبة بالتعويض . وعلى ذلك فالتعليل واحد وهو خشية ارهاق صاحب السفل . وما دام التعليل واحد فيجب أن يكون حكم القاعدة فى شطريها واحداً

هذا ونلاحظ بأن الشارع المصرى لو كان يريد فقط الاخذ بما قررته الشريعة

---

(١) حكم الاستئناف السابق ذكره فى ٦ مارس سنة ٩١٩

(٢) م ر ١ ، ٢١ ص ١٦ العامود الثانى

الاسلامية كما ورد بالمادة ٦٧ من مرشد الحيران فما كان يمنعه مانع من النص بعبارة جلية تتفق مع ما نصت عليه المواد ٣٤ — ٣٧ . وأما وقد نص على جعل الاختيار بيد المدين وهو صاحب السفل فقد أراد بذلك أن يخرج عن القاعدة الاصلية المقررة بالمادة ١١٧ . وسبب الخروج عن الاصل هو شذوذ حالة تملك الطبقات لمنزل واحد عن الحالات العامة للتملك العادى . ولان الشارع يرى ان حالة الاتصال بين المالكين للطبقتين العليا والدنيا من الحالات التى يحمل فيها الواحد قبل الآخر بالتزامات مرهقة لو أطلقت خاضعة لحكم المادة ١١٧ اذ يترتب عليها ليس فقط بيع السفل على صاحبه بل وبيع ما يملكه من أملاك أخرى . وهذا هو الذى « لايجيزه عدل ولا قانون » كما كان قد يجب أن يقوله حكم مارس سنة ٩١٩ المذكور .

هذا ولا يلزم صاحب السفل بالصرف على حفظ منافع صاحب العلو ، تلك المنافع التى يتحمل صاحب السفل مضايقاتها بحكم الارتفاق [1]

واذا تهدم البناء بفعل القدم [2] أو قررت مصلحة التنظيم هدمه لتداعيه للسقوط بفعل القدم أيضاً فلا محل لالزام صاحب السفل بالتجديد بالمادة ٣٧/٥٨ مدنى اذ يجب الاخذ فى هذه الحالة بقاعدة الهلاك على المالك [3] لانه لا يؤخذ بالمادة ٣٧ الا اذا كان التهدم بقوة قاهرة أو حادث جبرى أى بغير سبب قدم الدار

واذا كانت حالة الدور العلوى سيئة فلا يلزم صاحب السفل بدفع جزء من مصاريف الاصلاح [4] لان سوء الحالة يجب أن يتحمل به المالك وهو صاحب العلو سواء كان ناشئاً عن سبب جبرى أو قهرى أو بفعل صاحب العلو . ولان صاحب السفل لا يلزم بما يخرج عن المواد ٣٤ — ٣٧ . وسوء الحالة ليس داخلا فيها . والمواد هذه استثناء كما قلنا فيجب أن لا تتعدى الحالات التى وضعت لها

ولا نظن الاخذ هنا بنظرية الاثراء بلا سبب لانه اذا فرض وعادت منفعة على

(١) ج ع ٣ ص ٥٦٩ ن ٥٩٥٧ فيما يتعلق بمواسير تصريف مياه الدور العلوى على الدور السفلى (٢) Vétusté (٣) Res perit domino ج ع ٣ ص ٥٦٩ ن ٥٩٥٨ (٤) ج ع ٣ ص ٥٦٩ ، ن ٥٩٦٠

صاحب الدور الاسفل فانها راجعة الى انه مالك لشطر من البيت . وتشبه هذه الحالة حالة المؤجر المالك اذا عاد اليه عقاره وبه اصلاحات أجراها المستأجر . اذ لا يلزم المؤجر بشيء ما . لان الزيادة الحاصلة للعقار تعتبر ملكا له ، ولا يؤخذ فيها بنظرية الاثراء بلا سبب ، لان السبب فى ملكيته لهذه الزيادة انما هو من الايجار الصادر منه قبلا [1]

وما دام ان هذه المواد ٣٤ — ٣٧ وردت خاصة باحوال معينة فلا يصح الاخذ بها فى غير ماقررته . فاذا تهدم العلو وظل السفل متينا ومنعت مصلحة التنظيم صاحب العلو من اعادة دوره مراعاة لخط التنظيم فلا يملك صاحب العلو الزام صاحب السفل على هدم سفله وتجديد البناء على خط التنظيم الجديد . قلنا لا يملك صاحب العلو ذلك وعلى الاخص اذا تبين ان مصلحة التنظيم لاترى الزام صاحب السفل بالهدم لان دوره متين ، أو رأت هدمه فقرر القضاء عدم الهدم لمتانته [2] . كل ذلك لان المادة ٣٧ انما هى خاصة بحالة معينة وهى هدم البناء كله

ويظهر انه يجب الافتراض فى الحالتين السابقتين ان صاحب السفل لم يكن متعديا على العلو . أى ان الخلل الذى حصل بالدور الاسفل أو التهدم الذى شمل البيت كله وقع بفعل قوة قاهرة أو حادث جبرى . فاذا تسبب فى تصدع حوائط العلو وعمل على تدهورها فى الحالة الاولى — أو تسبب فى سقوط البناء فى الحالة الثانية وكان فى الاثنتين متعمداً أو مخطئاً خطأ جسيما مما يلحق بالعمد ، فلا نظن انه يصبح فى حل من الانتفاع بهذا الامتياز الذى منحه الشارع فى أن لا يكره على الأصلاح ولا على تجديد البناء . ونرى جواز منح صاحب العلو القيام اما بالاعمال اللازمة لحفظ العلو واما بتجديد الدار عند تهدمه بمصاريف يلزم بها صاحب السفل . فاذا لم يدفع نفذ صاحب العلا عليه الحكم بالمصاريف برمتها كما تنفذ الاحكام العادية . أى يطلب بيع السفل وما يمتلكه من عقارات أخرى أو منقولات حتى

(١) الالتزامات ص ٦٥١ ن ٧٠٧

(٢) استئناف ١٧ يناير سنة ٩١٢ م ر ١ ، ١٣ س ٩١ عدد ٤٤ — هذا والحكم نفسه منشور بمجلة الحقوق ٢٧ ص ١٧٨ ومنوه عنه فى مجموعة جمال الثانية ص ٢١٩ ن ٥٧٠

يحصـل على تمام حقه . وأما فى حالة القوة القـاهرة أو الحادث الجبرى فلا يملك صاحب العلو خلاف بيع السفل ليس الا لا أكثر ( والمادة ٦٤ من مرشد الحيران تؤيد وجهة نظرنا فى حالة اعتداء صاحب السفل . وأما المادة ٦٥/ فقرة أولى فانها مضطربة فى صدرها مع عجزها . اذ يتفق صـدرها مع المادتين ٣٤ و٣٧ مدنى ويختلف عجزها معها )

ومن واجبات صاحب السفل ما قرره الشارع بالمادة ٣٦/٣٧ مدنى ما يأتى : « على مالك الطبقة السفلى اجراء مايلزم لصيانة السقف [1] والاخشاب الحاملة له [2] اذ انها تعتبر ملكا له » [3] والقانون يفرض فرضاً يقبل الدليل العكسى [4] أن صاحب السفل يملك أخشاب السقف فعليه صيانتها لما فيه حفظ العلو من التصدع والتدهور . فاذا أهمل صاحب السفل فما هو الجزاء ؟ لم يقل الشارع شيئاً . وظننا انه يجب الاخذ بما قررناه فى الحالتين السابقتين مع مراعاة صاحب السفل وغلطه الجسيم أو القوة القاهرة والحادث الجبرى

**٢١١ — فى واجبات صاحب العلو** : قال الشارع بالمادة ٣٥/٥٦ مدنى ما يأتى : « لا يجوز لصاحب العلو [5] من الاماكن ان يزيد فى ارتفاع بنائه [6] بحيث يضر بالبناء الاسفل » وبهذا المعنى المادة ٦٨ من مرشد الحيران . بمعنى انه يجوز له البناء فوق طبقته على شرط أن لا يضر صاحب السفل وان يتحمل وحده بالمصاريف [7] . ثم قررت المادة ٣٦/٥٧ مدنى ما يأتى : « .... وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط [8] أو ألواح [9] وعليه أيضا اجراء ما يلزم لصيانة السلم [10] من ابتداء الموضع الذى لاينتفع به صاحب الطبقة السفلى » وما هو الجزاء فيما اذا خالف صاحب العلو ما حظره عليه القانون ، سواء كان متعمداً أو مخطئا خطأ جسيما ، أو وقع ماوقع منه بسبب القوة القاهرة أو الحادث الجبرى ؟

(١) Entretenir le plafond (٢) Poutres (٣) Présumés
(٤) Juris tantum (٥) Étage supérieur (٦) Surélever
(٧) كولين وكابتان ص ٧٨٠ (٨) Carrelage (٩) Plancher
(١٠) Escalier

لم يقل الشارع شيئاً وظننا أنه لا محل مطلقاً فى أن يعامل صاحب العلو بطريقة مخالفة لما عامل به القانون صاحب السفل

واذا اشترك صاحب العلو مع صاحب السفل فى منافع مشتركة بينهما من حيث الانتفاع بالمنزل وجب على كل منهما القيام بالصرف على صيانتها . وعند الاباء يكره بالقضاء [1]

والعوائد تدفع من المالكين معاً للحكومة ولا يلزم بها الواحد دون الآخر. ومقدار ما يصيب كلا منهما يرجع لمقدار طبقته وقيمتها بالنسبة للطبقة الاخرى وقيمتها أيضا [2]

والمادة ٥٥/٣٤ و ٥٦/٣٥ و ٥٨/٣٧ خاصة بالواجبات التى تتعلق بكل منهما على حدة . وأما المادة ٥٧/٣٦ خاصة بالواجبات التى يشترك فيها المالكان معاً .أى ان على كل منهما واجبات خاصة وعليهما معا واجبات عامة [3] والواجبات الخاصة ترجع فى اصلها الى الاخذ بنظريات الالتزامات الجوارية التى سبق لنا التكلم عليها. بمعنى انه يجب على كل مالك من الطبقتين أن يتحمل من مضايقات جاره بقدر ما يحتمله الجوار والتلاصق بين ملكيهما، فلا يجوز لصاحب السفل أن ينشىء بشباك له ، مظلة [4] لهذا الشباك من الزجاج أو الحديد بما يترتب عليها ضرر لصاحب حق العلو فى منعه من رؤية الشارع والنظر اليه من جهة المنزل [5] وفى مضايقته من عكس الضوء اليه بفعل المظلة [6] وفى تعريض طبقته لتسلق السارقين [7]

٢ ) والخاصية الثانية لهذا النوع من الشيوع فى الملكية ان للمالكين للطبقات حقا أوسع من حيث الاستعمال للشىء المملوك لهم جميعاً ، أوسع بكثير عما هو مقرر للمالكين على الشيوع العادى . وربما استطاعوا بهذا الحق الواسع فى الاستعمال احداث تعديل [8] أو تغيير [9] بالاجزاء المشتركة بينهم على شرط أن لا يترتب على

(١) فتحى باشا ص ٦٢
(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٧٩
(٣) كابتان ص ٧٧٩
(٤) Marquise أى Auvent
(٥) Trottoir
(٦) Réverbération
(٧) د. ٩٨ ، ٢ ، ٤٣١ — س ٩٩ ، ٣٧٢
(٨) Modifier
(٩) Transformer

ذلك ضرر للجيران عند انتفاعهم بها وأن لا يكون من شأن التعديل والتغيير اخراج الشيء عما أعد له أصلا من حيث انتفـاع الجيران به . وعلى ذلك يجوز للشركاء أن يضعوا أسلا كاكهربائية بالحيطان الاساسية للمنزل وأن يضعوا فيها أنابيب للغاز وأن يحدثوا بهـذه الحيطان فتحات غير نافدة لوضع تمثال أو غيره [١] أو لوضع مدخنة شتوية [٢] ويجوز لمالك الدور الأعلى أن يبنى فوق طبقتـه بشرط أن يتحمل وحده بالمصاريف وبشرط أن لا يترتب على عمله ضرر بصاحب السفل ( المادة ٣٥/٥٦ مدنى ) [٣]

وعلى العكس مما تقدم لا يجوز لمالك الدور الارضى [٤] اذا جعله قهوة أن ينشيء بالحائط الاساسية المشتركة للمنزل وبالفسحة العـامة للملاك [٥] محلات راحة [٦] تترتب عليها مضايقات محتملة من ذهاب وجيئة من يقصدون هـذه المحـلات ، الامر الذى يضايق أصحاب الطبقات مضايقة لا يسهل معهـا الانتفاع بالمنافع المشتركة بالطريقة التى أعدت لها هذه المنافع [٧] .

٣ ) والخاصية الثالثة والاخيرة لهذه الملكية على الشيوع فيما يتعلق بطبقات الدار أن هـذا النوع من الشيوع لا يظل دائما الى ما لا نهاية لان دوامه ينقطع حيث يزول البناء . فاذا زال البناء أصبح ملاك الطبقات بالنسبة للارض التى كانت مشغولة به فى حالة شيوع عادى يجوز معها لـكل واحد منهم الحق فى طلب القسمة

## جـ — النوع الثالث . ملـكية الحائط المشتركة

**٢١٢** — سبق لنا أن تكلمنا على هذا النوع من الملـكية فلا حاجة للعودة اليـه [٨]

---

(١) Niche (٢) Cheminée (٣) د ، ٩٩ ، ٢ ، ٤٤٠ — س ، ٩٠٠ ، ١٤١٢
(٤) Rez-de-chaussée (٥) Corridor
(٦) Cabinets d'aisance (٧) كابتان ص ٧٨٠ — د ، ٩٩ ، ٢ ، ٤٤٠ — س ، ٩٠٠ ، ٢ ، ١٤١
(٨) دى هلس ج ٣ ص ٣٧٠ ن ٢٨

## حق السطح وحق العمق

**٢١٣** — قلنا ان للملكية صور مختلفة[١] وان أهمها اثنان : الشيوع وقد انتهينا منه على اختلاف أشكاله . وحق السطح[٢] . والآن نتكلم على هذا الاخير

وحق السطح [٣] أو حق الحكر الفرنسى[٤] هو أن المالك للسطح[٥] ينتفع بسطح الارض [٦] . وأما تحت الارض [٧] أو العمق [٨] فانه مملوك لمالك آخر يسمى مالك العمق[٩] وهذا النوع من الملكية مأخوذ من الرومان ولم ينص عليه القانون المدنى الفرنسى ولا المصرى . وهو على صورتين

الصورة الاولى : حق السطح غير الكامل : يحصل أن يكون لمالك السطح حق الملكية لبعض الاشياء الموجودة فقط على سطح الارض بطريقة مستمرة مثل المغروسات[١٠] والمبانى . ولا يتمشى حق الملكية هذا على سطح الارض كله . وتقع هذه الصورة على الأخص من الوجهة العملية فى الايجار مع التصريح للمستأجر بالبناء[١١] . ويقع ذلك أيضاً ببعض المقاطعات بفرنسا اذ اعتاد بعض أفرادها على أن المالك العقارى[١٢] يتنازل للغير عن سطح الارض لزراعتها . ويسمى الغير هذا مستأجراً من نوع خاص[١٣] ويدفع جعلا دوريا مستمراً للمالك بعد الاتفاق معه عليه[١٤] ليكون بمثابة ايجار[١٥] ويتراضى الاثنان على أن المستأجر يصبح مالكا لما ينشئه بنفسه من المغروسات والمبانى[١٦]

---

(١) Modalité (٢) Droit de superficie (٣) Dr. de superficie

(٤) وهو يشبه أيضاً [emphytheose أى الحكر الفرنسى

(٥) Superficiaire (٦) Surface (٧) Dcssous

(٨) Tréfonds (٩) Tréfoncier (١٠) Plantations

(١١) Bail avec permission de bâtir (١٢) Propriétaire

(١٣) Colon أو Domanier (١٤) Rente convenancière

(١٥) Fermage (١٦) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٨٩ — ٧٩٠

الصورة الثانية : صور السطح الكامل :وهنا يتمشى حق المنتفع على سطح الارض جميعه ويبقى لصاحب حق العمل الحقوق الآتيـة : (١) حق الانتفاع بما تحت الارض[١] كالاحجار[٢] على شرط عدم الاضرار بصاحب السطح — (٢) حق استغلال ما تحت الارض باعتباره منجما من المناجم . ويتقاضى نظير ذلك جعلا معيناً [٣]

ومن حيث الكيان القانونى لحق السطح والعمق يقول البعض بأنه حق انتفاع[٤] وعلى الاخص اذا كان حق السطح غير كامل . ويرى « كابتان » و« كولين » غير ذلك اذ يعتبران أن كلا من الحقين حق مسـتقل عن الآخر باعتباره حق ملكية متميز عن حق الملكية الآخر[٥] ويترتب على هـذا الرأى الاخير أن حق السطح لا ينقضى بعدم الاستعمال[٦] مدة التقادم كما ينقضى عادة حق الانتفاع . وان حق السطح حق دائم[٧] لانه اذا اعتبر حق انتفاع لوجب اعتباره حقاً مؤقتاً غير دائم وأن صاحب حق السطح هو الذى يستفيد وحده دون صاحب حق العـمق من الجعل الخاص بالمنجم الكائن تحت السطح

وما دام ان الحقين متميزان فلاشيوع بينهما حينئذ . وعلى ذلك يجوز لمالكين أن يتفقا على ان يظلا هكذا بجوار بعضهما البعض الى ما لا نهـاية . لان الحظر المقرر بالمادة ٦٢١/٧١١ مرافعات و٨١٥ مدنى فرنسى ، وهو الحظر الخاص بعدم جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع بقـاء دائماً غير محدود بزمن وفيما يزيد عن خمس سنوات فقط ، حظر لا محل للاخذ به فى حالة غير حالات الشيوع[٨]

ولهذين الحقين تشريع خاص بفرنسا بمقتضى قانون ٨ فبراير سنة ١٨٩٧ يجيز لمالك العمق حق اخراج مالك السطح من الارض نظير تعويض يدفع له فى مقابل

---

(١) Sous-sol (٢) Carrières (٣) Redevance minière

(٤) Usufruit (٥) د ، ٩٢ ، ١ ، ٢١٩ — س ، ٩١ ، ١ ، ٣٦٩

ومقال Labbé (٦) Non-usage (٧) Perpétuel

(٨) س ، ٧٤ ، ١ ، ٤٠٧ ومقال لابيه Labbé

ما تركه من المبانى والمغروسات . ويجيز ايضاً لصاحب السطح حق ترك الارض لصاحب حق العمق

## حق السطح والعمق

### بالقانون المصرى

**٢١٤** — لا يعرف القانون المصرى هذا الحق . انما يتشابه حق السطح مع الحكر بمصر[1] ولذا يصح ان نسمى حق السطح الفرنسى بالحكر الفرنسى لجامعة التشابه الحاصل بين النوعين

## ٣) فى حق الانتفاع

### ١ — تمهيد

**٢١٥** — **فى تعريف حق الانتفاع** : قال الشارع بالمادة ٢٩/١٣ فى تعريف حق الانتفاع ما يأتى : « الانتفاع هو حق المنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله » [2]

ومن مقارنة النصين العربى والفرنسى لهذا التعريف نجد ان هناك فرقا ظاهراً فى التعبير . وكان يجدر أن يكون النص العربى كما يأتى حتى يكون مطابقا لنصه الفرنسى الذى وضع أولا : « الانتفاع هو حق استعمال واستغلال مال مملوك الرقبة للغير »

وعرف القانون الفرنسى حق الانتفاع بما يأتى : « الانتفاع هوحق استغلال أشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها مالكها نفسه ، ولكن على شرط المحافظة على كيانها » وهذا التعريف الفرنسى هو نفس ما قرره الرومان وكما ورد بالكتاب

(١) دى هلس ج ٤ ص ٣٢١ دون الاشارة الى نبذة لان كل ما ورد بهذا الفصل نبذة واحدة — دى هلس ج ٣ ص ٥٧٠ ن ٢٧ — دى هلس ج ٤ ص ٣٩٢ ن ١٥ فى باب حق الانتفاع تحت عنوان عقود الحكر (٢) وورد بالنسخة الفرنسية لهذه المادة ما يأتى :

L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'un bien dont la nue propriété appartient à un autre.

الذى أعد لطلبة الحقوق بروما فى عصر جوستنيان [١].

وينتج من تعريف حق الانتفاع هنا وهناك ان هذا الحق هو شطر من الملكية يحتفظ بركنين من أركانها الثلاثة وهما حق الاستعمال [٢] وحق الاستغلال [٣] ولا يتبقى حينئذ لدى المالك الاصلى الا حق التصرف [٤] وهو شىء قليل بجانب ما احتفظ به المنتفع من الحقين الآخرين . ولذلك سمى المالك بمالك الرقبة [٥] لانه أصبح محروماً من التمتع بالمزايا الاصلية للملكية . فاذا جاء مشتر واشترى الشىء من صاحب الرقبة وجب عليه احترام حق المنفعة المقرر على الشىء ولذا يباع ببخس الثمن وعلى الاخص فيما اذا كان المنتفع فى ريعان سنه . وقصارى القول ان أكبر أثر لحق التصرف الذى استبقاه بيده مالك الرقبة هو أن يكون حائلا [٦] بين المنتفع وبين محاولة هذا الاخير فى ادخال تغييرات وتعديلات بالشىء . وفوق ذلك فان لمالك الرقبة فوق ماله من حق التصرف ، مصلحة ضئيلة وهى حقه فى الحصول على بعض أثمار الشىء [٧] وهى ليست بالأثمار الحقيقية للشىء [٨] ولكنها تفلت على كل حال من يد المنتفع . ومما تقدم نرى ان الشىء المحمل بحق الانتفاع يصبح وقد نزلت قيمته الاقتصادية بقدر ما نزع من المالك من حق الاستعمال والاستغلال

وتهبط قيمة الشىء على الاكثر فيما اذا كان حق الانتفاع دائما ومؤبداً . ولذا يعمل الشارع على ان لا يرضى الا بالانتفاع المؤقت . وأكبر أجل له عينه الشارع هو حياة المنتفع بحيث يزول الانتفاع مع موته ( المادة ١٦/٣٣ مدنى و٦١٧ فقرة أولى فرنسى ) ولهذا كله يسمى حق الانتفاع بأنه حق شخصى بطبيعته [٩] لا يقبل الانتقال الى ورثة المنتفع . ولكن لا يصدق ذلك على ما قرره الشارع

---

(١) Institutes (٢) Usage (٣) Juissance (٤) Jus abutendi
أى Droit de disposition (٥) Nu-propriétaire
(٦) Force d'inhibition (٧) Produits (٨) Fruits
(٩) Droit personnel

المصرى فى انه يجوز للشخص المالك أن يوصى بوصية له قبل وفاته بحق الانتفاع لورثته أو لغيرهم ولورثة المنتفعين حتى ينقرضوا عن آخرهم بحيث تبقى الرقبة لمحل خيرى [1] تابع لوزارة الاوقاف . وتصبح هذه الوزارة مالكة للملكية بتمامها رقبة وانتفاعا بعد انقراض الموصى اليهم بالانتفاع ( المادة ١٧/٣٤ مدنى ) بخلاف القانون الفرنسى فانه قرر بأن أجل الانتفاع لا يطول أكثر من ثلاثين سنة اذا كان المنتفع شخصاً أدبياً [2] ( المادة ٦١٩ مدنى فرنسى ) وعلى ذلك هو يجهل الانتفاع الدائم . والسبب فى هـذا الاختلاف بين القانونين ان القانون المصرى يعترف بنظرية الوقف الاسلامية بخلاف القانون الفرنسى فانه يجهلها تماماً .

واذا كان حق الانتفاع بطبيعته حقـاً شخصياً يدوم بدوام صاحبه ويزول بوفاته يصبح حينئذ صاحب الرقبة فى حالة يمكن له معها التصرف فى رقبة الشىء اما برهنه رهناً رسـمياً أو بغـير ذلك لأنه يأمل رجوع الانتفاع اليه فتصبح الملكية لديه كاملة رقبة وانتفاعا

على ان الانتفاع فى ذاته ليس مما يتفق وحسن ادارة الاملاك واستثمارها أحسن استثمار . لان المنتفع انما يعمل مدة الانتفاع على أن يأخذ من الشىء أكبر ما يمكن أخذه من الغلة فيغلو فى طرق الاستغلال بما ينهك الشىء ويضعفه ، مادام أن الشىء لا بد خارج من يده بانقضاء الاجل المضروب له . وربمـا ظهرت آثار الاضرار فى طريقة الارهاق فى الاستثمار اذا كان محل الانتفاع أرضاً زراعيـة ، اذ لا يزال صاحب الانتفاع وراء الارض بتحميلها أكثر مما تطيق حتى اذا ما حان وقت انقضاء الاجل أصبحت وليس لديها من القوة بقـدر ما كان لها من قبل . ولا يفكر المنتفع فى أن يحسن من الارض ويعمل على أن تكون بيد خلفه مثمرة أحسن ثمار كما كانت بيده . ونظراً لهذه الشوائب الجمة التى تعيب نظام حق الانتفاع لا يرمقه الشارع بعين الرضاء الكاملة لما فيه من بخس القيمة الاقتصادية للعقارات

(١) Établissement

(٢) Personne moral أى Patrimoine de main-morte

والنزول بأقدارها الى ما يحتمل أن تتأثر منـه الثروة العامة . وربما يفسر ذلك أيضاً ما عنى به الشارع فى تقرير أحوال عدة تجعل حق الانتفاع يسقط من يد صاحبه اذا ما خالف قيوداً تغل يده دون الاسراف فى الانتفاع على غير حذر

على أنه مع ذلك لا يجوز الاستغراق كل الاستغراق فى بيان عيوب[1] هذا النظام ، تلك العيوب التى لا تبين على الاكثر الا فى حالة العقارات الزراعية ومحلات الصناعة والتجارة ، وأقل منها العقارات بالمدن . وأقل من ذلك كله المنقولات

وربما كان لحق الانتفاع لون آخر تبين منه فائدة ظاهرة فيما اذا كان الغرض منه ضمان حياة صاحب الانتفاع وتوكيد قوته لديه ، فيأمن بالغلة غوائل العسر ويطمئن طول حياته من أن ينزل به العوز . وفى ذلك ضمان ايضاً لصاحب الرقبة حيث ان الملكية ستكون لديه كاملة فى الانتفاع والرقبة فلا يطول خوفه الاقليلا. لذا كان نظام حق الانتفاع من الانظمة التى لا تنفك عن خاطر الشارع المدنى اذ لا يفوته أن ينظم من شأنه ويعنى بأمره من تقرير أحكامه واحكام اصوله ، أخذا عن مشترعى الرومان وهم أول من وضعوا له أساساً وأحكموا له بنياناً . هذا وقد دل الاستقراء لاحصائيات المنازعات القضائية فى حق الانتفاع ان عددها قليل جداً بين أصحاب الرقبة واصحاب الانتفاع . وربما كان السبب الاكبر فى ذلك متانة أصوله التى وضعها الرومان أولا . وقد يضاف الى ذلك ايضاً ان المالكين للشىء انتفاعاً ورقبة تصلهم ببعضهم البعض لحمة القرابة وأواصر النسب . ولكن اذا صح اعتبار الوقف بمصر شكلا من اشكال حق الانتفاع وراجعنا احصائيات المنازعات فيه لرأينا سجلات المحاكم وقد فاضت بما يقوم بين جماعات المستحقين و نظار الوقف من المنازعات المختلفة . وربما نشأ عنها ما يصل الأثر فى الاضرار منها الى الغير كالمستأجر بما يجهله هذا الاخير من شروط قبرت فى حجج الوقف ، ومن احكام فقهية قديمة أصبحت ولا تلتئم مع ضرورات العصر الحاضر ونمو الحركة الاقتصادية وضرورة الاخذ بيد من كان حسن النية كما سيأتى ذكر ذلك فيما بعد

(١) Tares

وقد نقد الشارحون الفرنسيون تعريف شارعهم لحق الانتفاع بالمادة ٥٧٨ اذ لاحظوا عليه في « أن صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك » تعبيراً لا يتفق مع حقيقة هذا الحق لان صاحب الانتفاع ممنوع من حق التصرف وهو الحق الذى بقي بيد صاحب الرقبة بعد زوال حقي الاستعمال والاستغلال كما رأينا. وفوق ذلك فان صاحب حق الانتفاع ملزم بأن يستغل الشيء كرب الاسرة المعني بأمره[1] أى لا يسرف في الاستغلال بما يعود بسوء الأثر على الارض فيضر بها بل يعنى بها عناية المالك بملكه. وربما أراد الشارع الفرنسى بهذا التعبير في أن صاحب الانتفاع يستغل الشيء كما كان يستغله مالكه بحيث لا يغير ولا يبدل فيه ولا يمس ما أعد له المالك الاصلى. وربما تأيد ذلك بقول الشارع في آخر المادة بأن صاحب الانتفاع ملزم بالمحافظة على كيان الشيء باعتبار أن هذا التعبير مقيد للمنتفع

على أن الشارع المصرى قد أحسن في اختيار تعريف لا يفتح ابواب النقد عليه اذ رأى أن لا يأتى بهذا التعبير الذى قامت حوله ضجة الناقدين من حملة القانون الفرنسى وشراحه

ومع ذلك فسترى فيما سيأتى أن هناك نوعاً من الانتفاع يسمى شبه حق الانتفاع[2] حيث تطلق فيه يد المنتفع فيصبح هذا الاخير والمالك سواء في الاستغلال

## ٢ — في تقرير حق الانتفاع

**٢١٦** — يتقرر حق الانتفاع اما بعقد واما بوصية. فان كان بعقد وجب أن يخضع هذا العقد لاحكام الاثبات فيما اذا زادت قيمته عن ١٠ جنيهات أى يكون كتابياً أو مشفوعاً بمبدأ دليل بالكتابة. وان كان وصية فلا بد فيه أن يكون بالكتابة لان الوصية لا تثبت الا بالكتابة ( المادة ٣٢ من لائحة المحاكم

(١) Un bon pére de famille (٢) Quasi-usufruit

الشرعية الصادرة فى ٧ مايو سنة ١٨٩٧ والمعدلة بقانون سنة ١٩١٠[1]

ولصحة عقد الانتفاع يجب أن تراعى أوجه صحتـه من جانب المالك ومن جانب المنتفع أيضاً . فيجب لصحة الانتفاع من جانب المالك أن يكون ذا أهلية فى التصرف فى أملاكه بالمعاملات مع الافراد بيعاً ورهناً وغير ذلك . وذا أهلية من حيث الايصـاء والتبرع . ومن جانب المنتفع يجب أن يكون مولوداً وقت تقرير حق الانتفاع . وتقول فى ذلك المادة ١٦/٣٣ مدنى ما يأتى : « لا يعطى ذلك الحق الا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الاعطاء[2] وينتهى على كل حال بوفاته ان لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة » بمعنى أن الانتفاع لا يجوز لمن لم يولد بعـد حتى ولو كان جنيناً . وان كان الانتفاع مقرراً بوصية فانا نرى أن هذا الانتفاع لا يصح الا بشرطين . أولا أن يكون الموصى حياً يرزق وقت الايصاء . ثانيـاً أن يكون كذلك حياً يوم وفاة الموصى . لان الوصية لا تتحقق الا بوفاة الموصى أخذاً بالقاعدة الشرعيـة المعروفة « الوصية تمليـك مضاف الى ما بعـد الموت بطريق التبرع » ( المادة ٥٣٠ قدرى باشا فى الاحوال الشخصية ) اذ يجوز للموصى العدول عن الوصية والرجوع فيها ( المادة ٥٤٤ قدرى باشا ) . ولا يكفى أن يكون الموصى اليه حياً وقت وفاة الموصى بل يجب عليه أن يقبـل أو يرد . فاذا مات قبل القبول أو الرد دخل الموصى به فى ملك ورثته ( المادة ٥٤٣ الفقرة الاخيرة من كتاب قدرى باشا )

## ٣ — فى حق الانتفاع باعتباره حقاً ارتفاقياً وحقاً عينياً ومقارنة المنتفع بالمستأجر

**٢١٧** — اتفق الشارحون من زمن على أن حق الانتفاع حق عينى[3] وارتفاق شخصى[4]

(١) مجموعة عياشى ص ٤٠٧ ن ١٨٤٣

(٢) Nées (٣) Dr. réel (٤) Servitude pesonnelle

أما كونه حقاً عينياً : فقد قال به الرومان باعتباره شطراً من الملكية . ولا يتحقق ذلك الا اذا انصب على الاشياء الخاضعة لحق الملكية أى الأشياء المادية [١] . على أننا سنرى أنه يجوز أن يقع على أشياء معنوية [٢] كالديون [٣] والمحلات التجارية [٤] وحقوق المؤلفين وغير ذلك . واذا دققنا النظر فى التعبير فلا يصح أن يقال بأن الانتفاع حق عينى اذا تمشى على نوع من هذه الأنواع المعنوية واذا قلنا بعدم جواز نعته فى هذه الحالة بالحق العينى فان لحق الانتفاع مع ذلك جميع الامتيازات الاصلية [٥] والمميزات الخاصة بهذا النوع من الحق ، الحق المعنوى ، وذلك فيما يتعلق بحق الاولوية [٦] وحق التتبع [٧] . فاذا تقرر حق الانتفاع على دين وحصل تحويل هذا الدين وجب على المحول اليه [٨] ان يحترم حقوق صاحب الانتفاع المقررة له عليه . ولذا لا فائدة من هذا الاحتياط فى أن حق الانتفاع لا يعتبر حقا عينياً الا اذا انصب على شيء مادى

ولقد جرت عادة الشارحين من زمن على مقارنة صاحب الانتفاع بالمستأجر لما بينهما من رابطة الشبه الظاهرى باعتبار أن المستأجر ينتفع هو الآخر بالشيء المملوك للغير . ومع القول بوجود شبه بين المنتفع والمستأجر [٩] فان هناك اختلافاً بين الاثنين . وبيان ذلك :

١ ) يختلف الانتفاع عن الايجار اختلافا موضوعياً يرجع الى أن الايجار بمقابل [١٠] بخلاف الانتفاع فانه يقع فى الغالب بلا مقابل بحكم القانون أو بوصية أو بهبة . وهذا الفرق ليس من أصل الانتفاع وطبيعته اذ يجوز أن يقع بمقابل

٢ ) ولان حق الانتفاع حق عينى فهو اذن يتصل بالشيء المحمل به اتصالا

(١) Obrjets coporels (٢) Biens incorporels
(٣) Créances (٤) Fonds de commerce
(٥) Prérogatives essentielles (٦) Droit de préférence
(٧) Droit de suite (٨) Cessionnaire
(٩) جرانمولان فى العقود ص ١١٨ الهامش ١ (١٠) A titre onérreux

محكما حيث ينصب عليه تمام الانصباب دون وساطة أى وسيط . اذ يجب على المالك أن يتحمل فقط انتقاص ملكيته ، وهو على ذلك لا يلتزم بالتزام ما أزاء المنتفع . وحالة المنتفع هذه تشبه حالة المستأجر بالقانون المصرى فى أن المؤجر لا يلزم بتمكين المستأجر من الانتفاع[1] بل يلزم فقط بتركه ينتفع[2].

٣ ) بما أن الانتفاع حق عينى فهو اما عقارى أو منقول تبعاً للشىء المحمل به . وأما حق المستأجر فهو دائما حق منقول[3] لانه حق دائنيه[4] يربط شخصين بعضهما البعض حتى ولو كان محل الايجار عقاراً

٤ ) وبما أن الايجار حق شخصى فهو لا يكون حجة الا على المؤجر وورثته. وأما الانتفاع وهو حق عينى فهو حجة على كل حائز للشىء محل الانتفاع . على أن الايجار يكون حجة هو الآخر على المشترى فيما اذا ثبت تاريخه ( المادة ٣٨٩ / ٤٧٤ مدنى و١٧٤٣ فرنسى ) وذلك لاعتبارات اقتصادية

---

(١) faire jouir

(٢) Laisser jouir وهذه القاعدة التى قررها القضاء المصرى مستفادة من تعريف الاجارة الوارد بالمادة ٣٦٢ / ٤٤٥ مدنى . ومن المادة ٣٦٩ / ٤٥٢ الخاصة بترك المؤجر للشىء المؤجر بالحالة التى هو عليه . ومن المادة ٣٧٠/٤٥٣ مدنى الخاصة بعدم الزام المؤجر بعمل أى أصلاح ما وبفسخ عقد الايجار أو تنقيص قيمة الايجار عند حصول تلف الشىء المؤجر . على أن القضاء المصرى يعمل أحياناً على التخفيف من وطأة هذه القاعدة : جرانمولان فى العقود ص ١١٩ ن ٣٣٢ . وهذه القاعدة المصرية على نقيض القاعدة الفرنسية المقررة بالمادة ١٧١٩ مدنى فرنسى وبالمادة ١٧٢٠ — أما عن أحكام الشريعة الاسلامية فقد ورد بالمادة ٥٢٩ من المجلة مايؤيد المذهب الفرنسى اذ نصت هذه المادة على ما يأتى : « أعمال الاشياء التى تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر . مثلا تطهير الرحى على صاحبها كذلك تعمير الدار وطرق الماء الخ . ( أنظر كتاب شرح المجلة ج ١ ص ٢٦٨ ) ولكن جاء بالمادة ٥٣٢ من كتاب مرشد الحيران لقدرى باشا ما يؤيد القاعدة المصرية اذ قررت هذه المادة ما يأتى : « على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالهيأة التى رآها عليها وقت العقد . . . » وقالت المادة ٥٣٥ من مرشد الحيران « لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من بنائها واصلاح ميازيبها وان كان ذلك عليه لا على المستأجر لكنه اذا لم يفعل . . . » وبهذا المعنى أيضا المادة ٥٣٦ من الكتاب المذكور

(٣) Dr. mobilier

(٤) Dr. de créance

**٢١٨ — واما كونه من الانتفاع من ارتفاق** : فقد قال به الرومان ايضاً اذ يقولون بأن حقوق الا رتفاق طائفتان : حقوق ارتفاق شخصية [١] وحقوق ارتفاق عينية [٢] فالثانية أجزاء من الملكية وهى مقررة لعقار على عقار أى لمصلحة المالك للعقار مهما كان المالك . وهى دائمة أى مؤبدة [٣] وعقارية [٤]. وحقوق الارتفاق الشخصية على نقيض ذلك اذ لم تسم بالشخصية الا لانها مقررة فى مصلحة شخص معين . ويصح أن يكون محلها منقولا أو عقاراً . وهى مؤقتة [٥]. وهذه الحقوق هى حق الانتفاع ومايشبهه [٦] وهما حق الاستعمال [٧] وحق السكنى [٨] وقد حافظ رجال الفقه الحاضر على هذا التقسيم النظرى . ولكن هناك فريقاً لا يرى الاخذ به لسببين [٩]

أولا — ان القانون نفسه لم يذكره ولم يأت بذكر لحقوق الارتفاق الشخصية وربما كان ذلك حتى يطمس الشارع معالم الاسترقاق القديم [١٠] وعلى الاخص آثار عصر الاشراف والاقطاعات القديمة [١١]

ثانياً — ان فى ذكر الارتفاق الشخصى ما يدعو الى الخلط لانه مما يلفت النظر الى الغرابة أن يكون حق الانتفاع حقاً عينياً من حيث الاستغلال وشخصياً باعتبار أنه يرتبط بحياة المنتفع . لذا عمل القانون على أن يفرد له باباً خاصاً خارجاً عن حقوق الارتفاق

## ٤ — فى تقسيم حق الانتفاع

**٢١٩** — ينقسم حق الانتفاع كما رأينا الى قسمين قسم يرجع للاشياء المحملة به ، وقسم يرجع لاصله

---

(١) Servitudes personnelles

(٢) Serv. réelles أو Serv. prédiales

(٣) Perpétuelles

(٤) Immobilières

(٥) Temporaires

(٦) Succédanés

(٧) Dr. d'usage

(٨) Dr. d'habitation

(٩) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٩٥

(١٠) Servage

(١١) Féodalité

### ١ — فى حق الانتفاع بالنسبة للاشياء المحملة به

**٢٢٠** — حق الانتفاع كما رأينا حق عينى بالمعنى الواسع . فهو ينصب اما على أشياء مادية منقولة أو عقارية أو على أشياء معنوية كالديون وحقوق المؤلفين وغير ذلك

ومن بين الاشياء المعنوية المحملة بحق الانتفاع نفس حق الانتفاع بذاته باعتباره هو حقاً معنويا . أى يجوز أن يكون هناك حق انتفاع لحق انتفاع[1] كما يحصل ذلك بشأن حق الانتفاع الشرعى[2] المقرر للولى الشرعى أباً كان أو جداً صحيحاً فى استغلال عقار ابنه اذا أوصى الغير بحق انتفاع لابنه (قارن المادة ٤٢٠ وما بعدها من مرشد الحيران والمادة ٣٨٤ فرنسى ) وذلك حتى يبلغ الولد سن البلوغ الشرعى

ويجوز أن يتمشى حق الانتفاع على أشياء معينة بالذات ويسمى فى هذه الحالة بحق الانتفاع بشىء معين[3] أو على مجموعة أشياء[4] أو على جزء[5]. من هذه المجموعة[6]. والحكمة من التفرقة أن صاحب الانتفاع بالمجموع أو بجزء منه يحمل بنصيبه فى الدين المخلف على التركة بخلاف الاول فلا يلزم بدين ما

على أن لحق الانتفاع مظاهر عملية أخرى اذا انصب على أشياء من نوع خاص كما سيأتى .

### ب — فى الانتفاع بأشياء قابلة للاستهلاك
### أو فى شبه الانتفاع

**٢٢١** — هناك بعض الاشياء المنقولة لايسهل فيها التمييز بين حق الانتفاع والرقبة . هذه الاشياء هى الاشياء التى تستهلك بمجرد استعمالها[7] لأنه من

(١) Usufruit de l'usufruit (٢) Usufruit légal
(٣) Usufruit à titre particulier (٤) Usufruit universel
(٥) Quote-part (٦) Us. à titre universel
(٧) Choses consomptibles par le premier usage

المستحيل الانتفاع بها دون استهلاكها بالذات أى دون اعدامها أو نقل الملكية فيها الى الغير

وان كانت هذه الاشياء هى لا بد وأن تكون هكذا فهل يستفاد من ذلك أنها لا تصلح لان تكون محلا لحق الانتفاع ؟ هى تصلح لان تكون محلا لحق الانتفاع. وقال بذلك الرومان ولاحظوا أنه اذا أوصى الموصى بها ومع ذلك أخرجها الورثة من الوصية لكان ذلك على نقيض مايريده المورث والعمل على مخالفة رغبته . لذا أباحوا للمنتفع حق الانتفاع بهذه الاشياء باستهلاكها أو بيعها على شريطة رد مثلها قدراً ومقداراً الى صاحب الرقبة فى نهاية الاجل المضروب للانتفاع . وفى ذلك تقول المادة ٢٢/٤١ مدنى و٥٨٧ فرنسى ما يأتى : « يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة [1] أن يستعمل الاشياء التى تنعدم بالاستعمال [2]. انما عليه أن يرد بدلها [3] عند انتهاء حقه فى الانتفاع » . وأطلق الشارحون على هذا النوع من حق الانتفاع عبارة « شبه حق الانتفاع » [4] وهى تسمية صحيحة تتفق مع حقيقة الانتفاع فى أن المنتفع بهذه الاشياء ملزم بالرد لصاحب الرقبة لا يردها بالذات وقد هلكت أو زالت ولكن يرد مثلها . ويصبح المنتفع مالكا لها وصاحب الرقبة دائناً بثمنها .

ولهذا النوع المسمى بشبه حق الانتفاع منافع ومضار . أما منافعه فانه يجعل المنتفع مالكا وله حرية التصرف فى ملكه كما يشاء اذ يملك حق التصرف [5] . وأما مضاره فان الهلاك فيه على المنتفع . فاذا هلك الشىء فى حادث جبرى أو قهرى قبل الاستهلاك والتصرف لزم شبه المنتفع [6] على ذلك رد مثله الى صاحب الرقبة . ذلك لانه لا يعتبر مديناً بشىء معين ولكنه مدين بشىء معين من حيث الجنس [7] وعلى العكس من ذلك اذا كان المنتفع عادياً فان هلاك الشىء [8] على مالك الرقبة

(١) Caution (٢) Qui se consommen par l'usage
(٣) Remplacer (٤) Quasi usufruit (٥) Jus abutendi
(٦) Quasi-usufruitier (٧) De genre (٨) Risque

لاعليه الا اذا هلك فى حادث قهرى أو جبرى

ومن الاشياء التى تعتبر محلا لشبه حق الانتفاع النقود ( المادة ٥٨٧ مدنى فرنسى ) وأوارق المصارف المالية [١] . وأما الاوراق المالية لحاملها [٢] فلا تدخل فيها، لانه يجوز الانتفاع بها دون استهلاكها ويكون ذلك بفصل قسائم الربح منها [٣] وعلى ذلك لا يعتبر المنتفع مالكا لها وعليه ردها بالذات . ويجب ذكر أرقامها بكشف الجرد الذى سيأتى ذكره . نعم ولو ان المنتفع اذا تصرف فيها بالبيع وخلافه فتصرفه صحيح اذا كان المتعامل معه حسن النية ، أخذاً بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » ( المادة ٦٠٧/٧٣٧ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى ) الا انه اذا كسب هذا السند ربحاً فى اليانصيب [٤] أو تقرر دفع قيمته المبينة به مع المكسب المقرر له بالشركة الذى أصدرته [٥] جاز وقتئذ لصاحب الرقبة مطالبة المنتفع بربح اليانصيب [٦] ومكسب السند [٧]

ويجوز أن يرمى مقرر حق الانتفاع الى جعل الاشياء المحملة بحق الانتفاع من الاشياء الملحقة بالاشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال وفى هذه الحالة يلزم برد مثلها عند نهاية الأجل المضروب . وعلى ذلك يجوز له التصرف فيها [٨] لأن ذلك مفهوم ضمناً من حق تقرير حق الانتفاع [٩]

## جـ — فى حق الانتفاع الخاص بالمحل التجارى أو محل صناعة

**٢٢٢** — يراد بالمحل التجارى [١٠] أو المحل الصناعى [١١] مجموعة [١٢] من الاشياء المادية والمعنوية التى تتكون منها شخصية المحل، كادواته [١٣] وحق الايجار [١٤]

---

(١) Billets de banque أو Banknot (٢) Titres au porteur
(٣) Les coupons (٤) Lot (٥) Remboursé avec prime
(٦) Lot (٧) Prime — أنظر ملحق موسوعات دالوز D. J. G. تحت كلمة usufruit رقم ١١٨ ، ٢ ، ٩٣ ، د ٤٣٣
(٨) Jus abutendi
(٩) Acte constituf (١٠) Fonds de commerce
(١١) Fonds d'industrie (١٢) Ensemble (١٣) Matériel
(١٤) Droitau bail

والعملاء[1] ومزية جلب العملاء [2] وآلات المصنع[3] وشهادات الاختراع [4] التى يستغلها المحل ويستفيد منها دون غيره ، والبضائع . ومن بين هذه الاشياء ما يستهلك لمجرد استعماله كالبضائع والمواد الخام[5] المطلوب صنعها . وما بقى من هذا العدد يجوز رده كما هو مثل أدوات المحل والشهادات وجلب العملاء وغير ذلك . ولقد ترتب على مزج هذه الاشياء ببعضها البعض ووجودها معاً فى محل واحد صعوبات عملية قانونية فيما يتعلق بحقوق المنتفع وقت الانتفاع

وذلك انه لما كان المنتفع ينتفع كما كان المالك ينتفع من قبل وجب أن يترك المنتفع بمحل تجارى أو صناعى يستغله كما يستغله صاحبه أى يستمر فى استغلاله، والا ضاع عليه عملاءه الاقدمون فى نهاية الانتفاع، وفى ذلك مافيه من الاضرار البليغة به اذ تعتبر مادة المحل وكيانه[6] هذا فيما اذا سهل أمر الاستمرار فى استغلال المحل . وأما اذا صعب عليه واستحال على المنتفع أن يستمر فى استغلال المحل كالمالك من قبل فان بعض الشارحين يفتى بتكليف المالك ببيع المحل واستغلال الثمن بالفائدة وصرف الفائدة الى المنتفع [7]

واذا فرض وحصل الواقع عادة وأخذ المنتفع فى استغلال المحل كما كان يستغله مالكه من قبل فهل يعتبر هذا الاستغلال انتفاعاً أو شبه انتفاع ؟ والتفرقة بين النوعين عظيمة فى هذه الحالة. لانه اذا فرض وأفلس المنتفع واعتبر الانتفاع انتفاعاً لا شبه انتفاع استرد مالك الرقبة المحل التجارى باعتباره مالكا لهذا المحل المعين . ويفلت حينئذ من مضايقات مزاحمة بقية الدائنين للمفلس. وكل ما لهؤلاء الدائنين هو أن يحجزوا على حق الانتفاع المقرر لمدينهم ويطلبوا بيعه. أما اذا اعتبر الانتفاع هنا شبه حق انتفاع فيقع نقيض ما تقدم اذ يحجز دائنو التفليسة على المحل

---

(١) Clientèle (٢) Achalandage
(٣) Instruments de fabrication (٤) Brevets d'invention
(٥) Matières brutes (٦) Substance
(٧) كولين وكابتان ج ١ ص ٧٩٨

التجارى ذاته ولا يكون وقتئذ الا لمالك الرقبة سوى قيمته . أى يعتبر دائنا بسيطاً عادياً وينخرط فى سلك دائنى التفليسة ويصبح مهدداً هو الآخر فى أن لا يصيبه الا جزء من دينه [١] لا الدين كله . وقرر القضاء الفرنسى أولا اعتبار ذلك شبه انتفاع باعتبار أن المنتفع يصبح مالكا للمحل التجارى على شرط أن يرد قيمته عند نهاية الاجل المضروب . ثم عدل هذا القضاء عن ذلك الرأى بأن الانتفاع انتفاع عادى لا شبه انتفاع لانه يجوز للمنتفع استغلال العقار والانتفاع به من غير أن يكون فى حاجة ماسة الى بيعه . وعلى ذلك يلزم المنتفع برد المحل التجارى باعتبار مجموعه القانونى [٢] أى بما اندمج فيه من الاشياء المكونة لوجوده القانونى ، فى نهاية الاجل المضروب لحق الانتفاع [٣]

واذا كان حق الانتفاع بمحل تجارى أو صناعى حق انتفـاع عادى فكيف يمكن حينئذ تعليل التصرف فى البضائع والمواد الخام تعليلا قانونياً يقر هـذا التصرف الذى لا بد منـه ؟ يستعان فى ذلك بنظرية الحلول العينى بجزء من المجموع [٤] وهى نظرية سنعود اليها فى مكانها فيما بعد . ذلك لانه لا يقال فى حالة المحل التجارى بأن هنـاك ملـكية خاصة بالادوات وملكية خاصة بالبضائع ، وحق التأجير والعملاء وغير ذلك . انما الذى يقال بأن هناك مجموعة قانونية [٥] أى نوعا من أنواع المال الخاص أو الثروة الخاصة [٦] أو المال المخصص فى مجموعه لعمل معين [٧] بحيث تصبح مجموعة هـذه الاشياء بمثابة شيء واحد . ويصبح لهذه المجموعة حكم خاص يختلف عما يمكن أن يقرر لـكل جزء من أجزائه فيما اذا تفكك هذا المجموع وتمزقت أجزاؤه . وعلى ذلك اذا حصل التصرف فى مفردات هذا المجموع القانونى ثم حل مكانه شيء آخر اعتبر هـذا الآخر قد حل محل

---

(١) Dividende (٢) Ensemble juridique

(٣) س ، ٩٥ ، ١ ، ١٠٢ ومقال فاهل Wahl

(٤) Subrogation réelle à titre universel

(٥) Universalité juridique (٦) Patrimoine spécial

(٧) Patrimoine d'affectation

الشيء الاول الذى زال بالتصرف أو بغيره ، كبضاعة تبــاع بالمحل ثم تشترى بضاعة أخرى توضع مكانها لتباع مثل الاولى . فالبضاعة الجديدة تحل محل البضاعة الزائلة وتخضع لاحكامها القــانونية . وعلى ذلك لا يزول المحل التجارى طالما أن عملية البيع للغير تفصيلا والشراء من الغير جملة عملية دائمة مستمرة ، ولا يزول برغم زوال البضائع بالبيع مؤقتاً . ويترتب على هذا التحليل القانونى أن المنتفع يصبح فى حل من التصرف فى البضائع والمواد الخام على شرط أن تحل محلها بضائع ومواد أخرى . وبذا يظل حق مالك الرقبة قائما على كل بضاعة ومواد تدخل لتحل محل ما خرج منه [1] باعتبار أن هناك حلولا عينياً وقع بين المواد الخارجة والمواد الداخلة . وفى هذا الحلول الدائم استقرار لبقاء الوجود القانونى للمحل التجارى باعتبــاره مجموعة من أشياء مختلفة لها حكم واحد هو حكم المجموع كما رأينا

## هـ — فى حق الانتفاع بالمواشى

**٢٢٣** — تقول المــادة ٢٣ / ٤٢ مدنى و ٦١٦ ما يأتى « الزيادة [2] التى تحصل من نتاج المواشى [3] تكون للمنتفع بهــا انما بعد أن يستعوض [4] من النتاج ما نفق من الاصل بآفة سماوية » [5] ويستدل منها ما يأتى :

١ ) ان حق الانتفاع لا يعتبر منصباً على المواشى باعتبار كل ماشية على حدة [6] أى باعتبارها منفردة بل باعتبارها مجموعا غير مجزأ [7] احتفظ فيه المالك الأصلى بالرقبة ونزل فيها عن المنفعة لصاحب حق الانتفاع

٢ ) للمنتفع حق تملك المواشى فيما زاد بعد استعاضة النافق . وله بوجه عام حق الانتفاع بالمواشى جميعها ، الاصل الباقى منهــا ، وما استجد فيها وحل محل النافق

(١) كولين وكابتان جـ ١ ص ٧٨٩ — ٧٩٠
(٢) Augmentation
(٣) Croit des troupeaux
(٤) Remplacement
(٥) Cas foruit
(٦) Ut singuli
(٧) Universum corpus

٣) يلزم بالاستعاضة اذا كان تسبب فى نفق المواشى أو كان النفق لسبب قهرى .
وتقول المادة « حادث سماوى » ترجمة للعبارة الفرنسية[١] على أننا قلنا بأن الترجمة الصحيحة لهذه العبارة هى الحادث الجبرى . أى ما يقع بفعل الانسان دون دخل للطبيعة أو السماء فيه . وأما القوة القهرية [٢] فهى ما وقعت بفعل سماوى أو بفعل الطبيعة ولا دخل للانسان فيه . ونعلم أن الذى قال بهذه التفرقة «جوسران» [٣] وانتقده فيها القانونيون . وحجتهم أن القانون لم يفرق فى الحكم بين النوعين . على أن «جوسران» يرمى بالتفرقة الى تأييد نظريته المعروفة التى أخذ بها وهى نظرية المسئولية الشيئية [٤] من جعل مخاطر الحرفة [٥] او مخاطر الملكية على رب المصنع أو المالك اذا كان الضرر حاصلا بحادث جبرى لا بقوة قهرية . ويظهر أن الشارع المصرى أراد هو الآخر أن يصرف عبارة الحادث الجبرى[٦] الى الحادث القهرى أى أن حكمه هنا ، وهنا فقط ، سواء

للمنتفع استغلال المواشى قديمها وجديدها الذى حل محل ما نفق فيها ، وذلك أن يأخذ أصوافها وألبانها وسباخها ونتاجها . وبما أن حقه منصب على المواشى جميعها باعتبارها مجموعاً متميزاً عن أجزائه فله حينئذ حق التصرف فيها بالبيع على شرط أن يرد مثلها فى نهاية الانتفاع

٥) اذا نفقت المواشى كلها أو بعضها بحادث جبرى أو قهرى فلا يسأل عن شىء ما . فاذا وجد نتاج منها أحلها محل ما نفق منها . والا فلا يلزم باحضار مواش فى مقابل ما نفق بغير خطأه . وعلى كل حال فهو لا يسأل بوجه عام عما ينعدم أو ينفق بغير خطأه . وتقول فى ذلك بوجه عام المادة ٢٤/٤٣ مدنى ما يأتى : « لا يسأل المنتفع عن ضياع [٧] أو تلف الشىء [٨] متى كان حاصلا بدون تقصير منه [٩]

---

(١) « Cas foruit » (٢) Force majeure (٣) Josserand
(٤) Responsabilité objective (٥) Risque professionnel
(٦) Cas fortuit (٧) Perte
(٨) Détérioration (٩) Faute

## و — فى حق الانتفاع

### بالاشياء التى تتلف بالاستعمال

**٢٢٤** — هناك يوجد بين الاشياء المتعلقة بالانتفاع العادى ، وبين الاشياء المتعلقة بالانتفاع الخاص وهى الاشياء التى تستهلك بمجرد استعمالها ، يوجد نوع آخر من الاشياء لا يستهلك هذه المرة بمجرد استعماله ، انما يتلف[1] بالاستعمال دون ان يستهلك مثل مفروشات المنزل [2] والملابس والفوط . فى هذه الحالة للمنتفع ان ينتفع بها على شرط أن يردها بالحالة التى هى عليها فى نهاية الانتفاع دون أن يلزم بقيمة ما ينقص من قيمتها من التلف الذى اصابها بالاستعمال (المادة ٥٨٩ مدنى فرنسى وحكمها عام ) ولا يصبح المنتفع مالكا لها. فاذا نشأ التلف عن خطأه[3] أو عن تعمده الاضرار بالمالك[4] حق عليه التعويض (المادة المذكورة) أى دفع قيمتها المعروفة وقت البدء فى الانتفاع . والا صح ان يكون التعويض بقدر ما كانت تساويه من الثمن، بعد تلفها بالاستعمال العادى ، وقت انتهاء الاجل المضروب للانتفاع

## ه — فى المصادر المختلفة لحق الانتفاع

### فى الانتفاع الارادى والقانونى

**٢٢٥** — يراد بالانتفاع الارادى[5] ما يحصل بمحض رغبة صاحب الملك بوصية أو هبة أو بعقد . والانتفاع القانونى [6] هو ما قرره القانون بالذات دون دخل لارادة المالك ( المادة ٥٧٩ فرنسى) وسنرى فيما بعد اذا كان يصح اكتساب حق الانتفاع بالتقادم أى بمضى المدة أم لا . فاذا صح القول باكتسابه اصبح ضمن مواد الانتفاع القانونى . ولا يدخل ضمن هـذا النوع حق الولاية المقرر

---

(١) Se déteriorer (٢) Meubles meublants (٣) Faute
(٤) Dol (٥) Usuf. volontaire (٦) Usuf. légal

للاب على مال أولاده الصغار والكبار غير المكلفين ذكورا واناثاً (المادة ٤٢٠ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا) وحق الولاية المالية هذه ينصرف الى مباشرة ادارة مال الولد من استغلال وتأجير ومتاجرة ، والتصرف فيه من بيع وشراء ورهن [١] وعلى الاب رد المال لولده حتى يبلغ رشده . وللولد محاسبة أبيه . وفى ذلك احكام خاصة فيما اذا كان الظاهر لا يكذب الاب او يكذبه . أو مات الاب وقد بين اموال ولده أو مات مجهلا لها [٢] ويدخل ضمن هذا النوع ايضاً حق انتفاع الولى الشرعى بأملاك اولاده وأولاد أولاده وهكذا (المادة ٤٢٠ وما بعدها من مرشد الحيران)

## ١ — فى حقوق المنتفع

**٢٢٦** — رأينا أنه اذا كان الشيء مما يستهلك لمجرد استعماله اصبح للمنتفع حق ملكية عليه . والآن نتكلم على حقوق المنتفع العادية فى حالة الانتفاع العادى

والاصل ان المنتفع يخضع لما تقرر بعقد أو سند الانتفاع. فاذا لم ترد به شروط خاصة وجب عليه الاخذ بما قرره القانون ذاته. وفى ذلك تقول المادة ١٩/٣٨ مدنى « تراعى فيما يكون لصاحب الانتفاع من الحقوق وفيما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع [٣] والاصول المقررة فى المواد الآتية» ثم ذكر القانون بالمواد التى أتت بعد هذه المادة الاصول التى يجب عليه اتباعها فى الاستغلال

وطبقاً لتعريف حق الانتفاع الذى قررته المادة ١٣/٢٩ مدنى و٥٧٨ فرنسى فى ان « الانتفاع هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره [٤] واستغلاله» [٥] وبما لاحظناه على الترجمة العربية فى انها لم تكن مطابقة تماماً لنص النسخة الفرنسية

(١) مختصر شرح الاحكام الشرعية للشيخ زيدبك الطبعة الاولى ١٣٢٦ ص٣٦٤ — ٣٧٠
(٢) المختصر المذكور ص ٢٧١ — ٢٧٢
(٣) Acte de constitution (٤) User (٥) Jouir

التي وردت بها عبارة مالك الرقبة[1] فانا نرى أن للمنتفع حق الانتفاع بالكيفية المبينة بالمادة ٥٨٢ مدنى فرنسى حيث قررت ما يأتى: «للمنتفع الحق فى استغلال[2] كل نوع من انواع الاثمار[3] الطبيعية[4] أو الصناعية[5] أو المدنية[6] التى تنتج عن الشيء محل الانتفاع» وقد أخذ الشارحون على هذا النص ما يأتى:

١ ) انه نص غير صحيح نوعا ما . لأنه اذا أخذ به حرفاً بحرف لترتب على ذلك انه ليس للمنتفع على ثمرات الشيء سوى حق الاستغلال[7] وهذا غير صحيح . لان المنتفع يصبح مالكا للثمرات . وهو لا يستغل الثمرات انما يستغل الشيء — ٢) ان النص هذا ناقص . وذلك انه ليس للمنتفع حق استغلال الشيء فقط[8] بل يملك أيضاً حق الاستعمال[9] أى حق الاستفادة من جميع ما أعد له الشيء من المنافع . فله حق الاقامة به بنفسه ، واستعمال المفروشات الموجودة به وركوب خيوله ودوابه وسيارته وغير ذلك باعتباره صاحب حق الانتفاع فيها . وحق الاستعمال هذا[10] هو من الوجهة الفقهية ليس حق الاستغلال[11] وهو ما قررته المادة ٢٩/١٣ المصرية بأن أشارت الى حق الانتفاع بوجه عام وحق الاستعمال بوجه عام أيضاً ولم توضح بذلك الوضع الفرنسى الذى نقده الناقدون كما رأينا . فله الحقان معاً . وله الانتفاع بالشيء لنفسه خاصة طبقاً لما أعده له المالك الاصلى ، مع الانتفاع بجميع المزايا المقررة لحق الانتفاع

واذا كان يجوز للمنتفع أن لا ينتفع بالشيء بواسطة غيره بل يريد أن يستعمله بنفسه ترتب على ذلك ما يأتى : ١ ) له حق الصيد والقنص بالارض — ٢ ) ينتفع بحقوق الارتفاق الايجابية المقررة للعقار على العقارات الاخرى ( المادة ٩٥٧ فرنسى وحكمها عام ) ويجب عليه الانتفاع بها حتى لا يزول الارتفاق بعدم الاستعمال

---

(١) Nu-propriétaire (٢) Jouir (٣) Fruits (٤) Naturels
(٥) Industriels (٦) Civils (٧) De jouissance
(٨) Fructus (٩) Usus (١٠) Droit d'usage
(١١) Droit de joussance. كولين وكابتان ص ٨٠١

بمضى المدة لانه ملزم بالمحافظة على كيان الشيء [١] كما ذكرنا — ٣) له أن يستفيد من جميع ما يتبع العقار [٢] ( المادة ٥٩٦ فرنسى وحكمها عام )

## ب — فى حق الاستغلال

## وفى الثمار وأنواعها

**٢٢٧** — حصول المنتفع على ثمار الشيء هو أهم فائدة تحصل من حق الانتفاع . ويستحق ثمرة الشيء من وقت تقرير حق الانتفاع له مع ملاحظة انه لا يستحق الثمرة فى الايصاء بالانتفاع الا من وقت وفاة الموصى . والثمرات على أنواع . وهى اما ثمرات [٣] واما محصولات [٤] . والثمرات اما طبيعية (أوصناعية) أو مدنية . وقد سبق ان رأينا ذلك عند ماتكلمنا على الملكية وعلى حقوق المالك . ولهذا التقسيم أهمية ظاهرة هنا

علمنا ان الثمرات [٥] هى محصولات الشيء ، وتتميز فى انهـا دورية [٦] ومتجددة [٧] . ونزع الثمرات عن الشيء [٨] لاتفنى معه مادة الشيء ، أوعلى الاقل لا تفنى معه بطريقة محسوسة . والعادة ان المالك يعيش من ثمرات ماله . حينئذ للمنتفع الحق فى الثمرات

وأما المستخرجات [٩] فهى الاشياء التى تخرج من الشيء بما يترتب عليه فناء المادة أى الشيء الاصلى لان هذه المستخرجات لاتنبت فى الشيء . وانما هى تنبت به فهى تنبت بطريقة غير محسوسة كمستخرجات المناجم [١٠] ومستخرجات المحاجر وهو يمتلك أيضاً الاشجار الضخمة [١١] انما اذا سبق للمالك ان رتب لها نظاماً خاصاً يتعلق بكيفية الاستغلال فى أوقات معينة جاز تقرير حق الانتفاع عليها استثناء

(١) Substance (٢) Accessoires (٣) Fruits
(٤) Produits (٥) Fruits (٦) Périodiques
(٧) Renaissants (٨) Perception
(٩) Produits (١٠) Extraits des mines
(١١) Arbres de haute futaie

للقاعدة القائلة بأنه لا يجوز للمنتفع أن يتملك مستخرجات الشيء . اذ تلحق هذه المستخرجات بالثمرات

وقد سبق لنا ان رأينا أيضاً الفرق بين الثمرات الطبيعية وما ألحقناه بها من الثمرات الصناعية ، باعتبار ان هذين النوعين محصولات دورية للشيء وناتجة منه مباشرة ، وبين الثمرات المدنية أو فوائد المبالغ المالية وهى ما ينتجه الشيء من طريق غير مباشر بما يلتزم به من دفع اليه المبلغ أولا فى مقابل المنفعة التى عادت عليه من الانتفاع بالمبلغ . أما صاحب حق الانتفاع فهو فى حل من أن يتملك هذين النوعين من الثمرات ، الثمرات الطبيعية بما فيها الثمرات الصناعية ، والثمرات المدنية مع مراعاة القيود الآتية :

يكتسب المنتفع الثمرات الطبيعية (المحصولات ونتاج الحيوانات) بفصلها عن الاصل [١] . بمعنى انه طالما أن هذه الثمرات لم تفصل عن أصولها وظلت كما تقول المادة ٥٨٥ مدنى فرنسى « معلقة بالفرع وبالجذر [٢] فانها لا تعتبر ملكا للمنتفع . اما اذا فصلت عن الارض حتى بفعل حادث جبرى أو قهرى أصبحت ملكا للمنتفع . ولتعيين وقت تملك المنتفع للثمرات هذه أهمية ظاهرة فيما اذا نظرنا الى وقت بدء حق الانتفاع ووقت انقضائه . اذ يحصل أن المنتفع يجنى وقت البدء فى ظهور حقه محصولا قد استوى فقط فى ذلك الوقت من غير ان يصرف عليه شيئاً ما . ويحصل أيضاً أن حق الانتفاع ينتهى قبيل وقت انتهاء حق الانتفاع بقليل ، ويصبح المحصول هذا ملكا لمالك الرقبة . وفى هاتين الحالتين لم نر أن الذى جنى هو نفس الذى زرع . وليس لمن زرع حق مطالبة من جنى بأى تعويض ما فى مقابل فلاحة الارض وثمن حبوبها ( المادة ٥٨٥ فرنسى )

أما نص هذه المادة ٥٨٥ فرنسية ( وليس لها مقابل بالقانون المصرى ) فهو ما يأتى : «الثمرات الطبيعية أو الصناعية المعلقة بفروع أو جذور وقت ظهور حق الانتفاع تعتبر مملوكة للمنتفع . — وأما اذا كانت الثمرات على تلك الحال وقت

---

(١) Perception (٢) Pendants par branche et par racine

انتهاء الانتفاع فتعتبر مملوكة للمالك ، دون حق المطالبة من الجانب الواحد قبل الآخر بمصاريف الفلاحة والحبوب . . . . » .

ويظهر أن هذه المادة تخالف العدالة وتخالف المادة ٥٤٨ مدنى فرنسى وهى التى تقرر بان « الثمرات الناتجة من الارض لا يمتلكها مالك الارض الا على شرط دفع مصاريف الفلاحة والاعمال والحبوب التى قام بها الغير » . وربما كان السبب فى هذا الشذوذ تبادل الاحتمالات [1] فى أنه من المحتمل أن يمتلك المنتفع الزرع الموجود بالارض وقت البدء فى استغلال حق الانتفاع ، ثم هو يترك الارض بما عليها من الزراعة وقت انقضاء حق الانتفاع فيمتلكه مالك الرقبة فان فات هذا الاخير أولا لا يفوته فى النهاية ، ومافات المنتفع أخيراًفقد ناله فى بدء الاستغلال. ويرى الشارحون أن هذا التعليل لا يبرر حكم المادة ٥٨٥ مدنى فرنسى باعتباره حكما جائزاً لا يتفق مع العدالة والمنطق . وربما كان الدافع فيه للشارع الفرنسى رغبته فى عدم الدخول فى تصفية الحساب بين المالك والمنتفع ، وهو حساب ذو تعقيد مما يلازم عادة تسوية الحساب عن الثمرات [2]

**٢٢٨** — وما القول الآن بشأن القانون المصرى وقد سكت عن تقرير هذه القاعدة الفرنسية . فهل نأخذ بها هنا مع القول بأنها تختلف مع العدالة والمنطق ، ومع اعتبارها شذوذاً للقاعدة القانونية العامة المقررة بالمادة ٥٤٨ المذكورة القائلة بأن مالك الارض يملك ثمرتها على شرط دفع مصاريفها من أعمال وتقاو وغير ذلك ، الى من صرف ، أم لا نأخذ بها ونرجع للقواعد العامة المقررة بالمادة ٢٩ / ٣٤ من لائحتى انشاء المحاكم الأهلية والمختلطة والمادة ١١ من القانون المدنى المختلط فى أنه عند عدم النص يؤخذ بالعدالة والقانون الطبيعى ؟ وهل تتفق أصول العدالة والقانون الطبيعى مع حكم فقهاء الشريعة الاسلامية فيما قرره فى هذه الحالة ؟ اذ يقرر هؤلاء الفقهاء بالمادتين ٢٠ و ٣٦ من مرشد الحيران ما يأتى : تقول أولاها « من استحق بعقد وصية غلة أرض أو بستان فله الغلة

(١) Réciprocité des aléas

(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٠٣

القـائمة وقت موت الموصى ... » وتنص ثانيتهما « اذا انقضت المدة المعينة للانتفاع أو مات المنتفع فى أثنائها وكانت الارض مشغولة بزرع والزرع بقل لم يدرك يترك الزرع له فى الصورة الأولى ولورثته فى الصورة الثانية الى حين ادراكه وحصاده بأجر المثل ... » والذى يفهم من ذلك أن المادة ٢٠ هـذه تتفق مع المادة ٥٨٥ فرنسى فى أن الزرع للمنتفع .ولا يكره هذا الاخير على دفع مصاريف الزرع من حرث وتقاو الى مالك الرقبة ( ولا تدخل هنـا فى الفرق المقرر شرعا بين الثمرة ، وهو اسم للموجود عرفاً . فلا تشمل المعـدوم الا بدلالة على زائدة مثل النص على الابد ، وبين الغلة ، وهى تفيـد كل ما يحصل من ريع الارض كأجرتها وحاصلاتها . وعلى كل حال يجب اتباع العرف فيما جرى عليه من المعنى المقصود منهما ، لان العرف فى الشرع له اعتبار ) [١] . أما المادة ٣٦ من مرشد الحيران فهى لا تتفق مع المادة الفرنسية المذكورة اذ يفهم منها بأن الزرع الموجود اما أن يكون قد آن حصاده واما أن يكون غير مدرك وقت الحصاد بل يحتاج الى مدة حتى ينضج فيهـا الزرع ويستوى بعد أن كان بقلا غير ناضج . فان كان الاول أخذ المنتفع زرعه لانه لا ضرر عليه فى ذلك . وان كان الثانى وسواء كان الانتفاع بعوض أو بغير عوض فللمنتفع أو لورثته الحق فى ابقـاء الزرع فى الارض الى أن يدرك ويأتى أوان حصاده . وعليه فى مقـابل ذلك أجر المثل عن المدة التى يشغل الزرع الارض فيهـا ولا يكاف قلع زرعه لان فى ذلك ضرراً عليه والضرر يزال شرعا [٢]

اذا علم ذلك ورجعنا الى حكم العدالة والقانون الطبيعى لرأينا أن حكم فقهاء الشرع أن لا تعويض على المنتفع اذا وجد بالارض زرعا فى بدء الانتفاع . وأنه لا يجوز لمالك العين فى نهاية الانتفاع جبر المنتفع على ترك الزرع وقد آن

(١) أنظر شرح مرشد الحيران ص ١٦

(٢) شرح مرشد الحيران ص ٢٤ . وحكاية استئجار السفينـة للنزهة معروفة اذا مضت مدة الاجارة

حصاده بل يحصده ويخرج لحال سبيله وهو حكم يخالف ما قرره القانون الفرنسى فى أن لا يملك المنتفع الثمرة الا بفصلها عن الارض[1] كما رأينا ، وهو ما أخذنا به فى القانون المصرى أيضاً . واذا لم يستو الزرع فعلى المنتفع ايجار المثل عن المدة الباقية للنضوج وهو حكم يختلف عن القانون الفرنسى كما رأينا

وهنا نرى أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا أيضاً مع علماء القانون الفرنسى فيما يتعلق بتقرير العدالة اذ يرى الاخيرون تكليف المنتفع بدفع مصاريف الزرع اذا وجد بالارض زرعا عند البدء بالانتفاع ، ولا يرى فقهاء الشريعة الاسلامية محلا لذلك . ولكنهم أوصوا بضرورة الاخذ بالقيد المقرر لحق الانتفاع . واتفق الجميع على أن للمنتفع فى نهاية حق الانتفاع حقاً على الزرع الناتج بالارض فى نهاية الانتفاع . ورجع الفرنسيون فى تكييفه القانونى الى المادة ٥٤٨ فرنسى فى أن مالك العين يملك الثمرة على شرط دفع مصاريفها وتكاليفها . فكأن للمنتفع حق الحبس حتى استيفاء حقه . ورجع فقهاء الشريعة الاسلامية الى أن حق المنتفع على الزرع حق ملكية وأن عليه أجر المثل عن الارض فى المدة الباقية لتمام النضوج

**٢٢٩** — أمام هذه الاختلافات فى الاصول القانونية من حيث تقريرها ومن حيث تكييفها القانونى ، ماذا يكون حكم القانون المصرى وقد سكت الشارع المصرى مختلطاً وأهلياً عن النص فيه ؟ الذى نقول به هو عدم الاخذ بالقانون الفرنسى فيما قرره بالمادة ٥٨٥ قراراً شاذاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٥٤٨ فرنسى . ونرى ضرورة الاخذ بما قرره فقهاء الاسلام فيما اختلفوا فيه مع فقهاء الفرنسيس من حيث الزرع القائم وقت البدء فى الانتفاع ( أى لا يلزم المنتفع بتعويض ما ، مع ضرورة مراعاة عقد تمليك حق الانتفاع والشروط الواردة به ) وفيما اتفقوا عليه معهم من حيث أن لا يتملك مالك العين الزرع الموجود فى نهاية الانتفاع ملكا غير مقيد بالحق المقرر للمنتفع ( اذ يقول الفرنسيون ان الزرع ملك

---

(١) Perception

مالك العين أخذاً بالمادة ٥٤٨ فرنسى ، انما يلزم المالك بقيمة التكاليف . ويقول فقهاء الاسلام بأن الزرع ملك للمنتفع انما يلزم بايجار الارض عن المدة الباقية للاستواء . ويقولون فوق ذلك بأن المنتفع يتملك الثمرة حتى قبل جنيها [١] أى قبل فصلها عن الارض ، وهذا على خلاف ما قرره الفرنسيون أخذاً بالمادة ٥٨٥ فرنسى من أن المنتفع لا يتملك الثمرة الا بجنيها ) أما من حيث التكييف القانونى لحق المنتفع فيما اذا كان حق ملكية كما يريده فقهاء الشريعة الاسلامية ويتأيد ذلك فيما قالوه بأن المنتفع يملك الزرع قبل جنيه ، [٢] وهذا على خلاف القاعدة الفرنسية التى أخذنا بها هنا ، أو حق حبس[٣] فيما يريد أن يقوله فقهاء الفرنسيس أخذاً بالمادة ٦٠٥/٧٣١ مدنى و٢١٠١ فرنسى، فانا نأخذ بنظرية حق الحبس ، اعتماداً على القاعدة العامة المقررة بالمادة ٥٤٨ فرنسى فى أن الزرع لمالك العين على شرط الالتزام بتكاليفه واعتماداً على ما قلناه فى أن المنتفع لا يملك الثمرة الا بالجنى[٤]. وأما قبل جنيها فله عليها حق الحبس ان شاء حتى يستوفى تكاليفها . وقد رأى « دى هلس » أن المنتفع لا يملك الثمرة الا بالجنى [٥] وأن المنتفع لا يلزم بتكاليف الزرع الموجود بالارض وقت البدء بالانتفاع وأن العبرة بالعقد المقرر لحق الانتفاع [٦] وأن مالك العين يلتزم بتكاليف الزرع الموجود بالارض فى نهاية الانتفاع . وعلل رأيه الاخير هذا بأنه لو ترك الزرع تحت يد مالك العين دون الالتزام بتكاليف الزرع لكان ذلك اثراء بلا سبب[٧]. وما قاله دى هلس هو ماقلنا به . أى يقول هو الآخر بأن للمنتفع حقاً على الزرع فى نهاية الانتفاع ، وأن الزرع ليس ملكا لمالك الرقبة

وهل هناك مصلحة فى التعرف على التكييف القانونى لحق المنتفع على الزرع القائم بالارض فى نهاية الانتفاع فيما اذا كان ملكا للمنتفع على شرط دفع اجارة

---

(١) Perception (٢) Perception (٣) Dr. de rétention

(٤) Perception (٥) ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٥ ومن الغريب اننا لاحظنا ان دى هلس قال فى موطن آخر (ج ٢ ص ٢٣٠ ن ١٣ عند شرحه لكلمة fruit ) بالاخذ بالنظرية الفرنسية اعتماداً على العدالة (٦) ج ٤ ص ٤٧ ن ٦٤

(٧) Enrichissement sans canse ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٤

الارض عن المدة الباقية، أوكان ملكا لمالك الرقبة على شرط دفع تكاليف الزرع؟ هناك فرق كبير بين الحالتين. اذ الهلاك والزيادة والنقص فى الشيء المملوك، كل ذلك على المالك لا على المحتبس للشيء

* * *

**٢٣٠** — وأما الثمار المدنية وهى الريع المالى لمحل الانتفاع كايجار المنازل والاراضى وفوائد المبالغ والايرادات المرتبة [١] وأرباح المحل التجارى [٢] فانها لا تصبح ملكا للمنتفع الا يوماً بيوم [٣] (المادة ٥٨٦ مدنى فرنسى. وحكمها عام). أى يتملكها المنتفع بنسبة الزمن المقرر لحق الانتفاع، ولا عبرة بتاريخ استحقاقها. وهو ما يتفق مع العدالة. وربما كان الأجدر بالثمرات الطبيعية أن تكون كذلك نسبية أيضاً [٤]

## جـ — فى وسائل الاستغلال المباحة للمنتفع

**٢٣١** — الاستغلال اما مباشر من طريق زراعة الارض بمعرفة المنتفع نفسه والحصول على الثمرات الطبيعية. واما غير مباشر من طريق التأجير للغير والحصول على الثمرات المدنيـة. وهل يجوز للمنتفع أن يتخير ما يشاء فى الاخذ باحدى هاتين الوسيلتين؟ وما هى قيود الحالة الثانية؟

**٢٣٢ — ٢) فى تأجير الاشياء محل الانتفاع** : للمنتفع أن يستغل العقار بنفسه أو أن يؤجره (المادة ٥٩٥ مدنى فرنسى وحكمها عام) أى يستعمله لنفسه أو يؤجره للغير (المادة ١٣ / ٢٩ مدنى) سواء كان العقار أرضاً زراعية أو داراً، وعلى شرط أن لا يقع للعقار ما ينتهى به الى تغيير أو تعـديل فى منافعه وطرائق استغلاله. ولكن هل يجوز للمنتفع أن يؤجر دار الأسرة وهى الدار التى كانت دائماً وأبداً محط رحال الأسرة من زمن؟ يقول الشارحون بالسلب،

---

(١) Arrérages des rentes
(٢) Bénéfices des f. d. com.
(٣) Au jour le jour
(٤) كولين وكابتان جـ ١ ص ٨٠٣

الا فيما تعلق بالدواب والمواشى وكتب المكتبة الخاصة بالدار [١]

واذا كان من المقرر أن للمنتفع حق تأجير الاشياء محل حق الانتفاع وأنه ملزم باعتباره مؤجراً ازاء المستأجر باحترام العقود التى صدرت منه أثناء قيام حق الانتفاع فهل تسرى هذه العقود على مالك العين وتعتبر حجة عليه بعد انقضاء الانتفاع ؟ أجاب القانون الرومانى سلباً وكذلك القانون الفرنسى القديم . والحجة فى السلب هى : أولا . ان كلا من المنتفع ومالك العين انما يجرى على الشىء حقاً عينياً مستقلا عن الآخر . ثانياً . ان الايجار لا يترتب عليه للمستأجر قبل المؤجر الا حق دائنيه عادى بسيط [٢] . وعلى ذلك لا يربط عقد الايجار سوى المنتفع باعتباره مؤجراً والمستأجر باعتباره طرفاً معه فى العقد [٣] . واذكانت هذه القاعدة القديمة صحيحة بالنسبة للمنقولات فى الازمان السابقة فهى كذلك اليوم

ويرى الفقه الفرنسى ان هذه القاعدة صحيحة فى الوقت الحاضر بالنسبة للمنقولات .

ولكن بالنسبة للعقارات رأى الشارع الفرنسى أن يخالف القاعدة المنطقية السابقة . ذلك أنه من مصلحة المنتفع ومالك العين معاً أن يجد المنتفع مستأجراً مؤقتاً فى حالة الاستغلال غير المباشر . ولا يجرأ مستأجر على استئجار العقار اذا لاحظ أن عقده لا يؤخذ به لدى مالك الرقبة . وقرر الشارع الفرنسى (المادة ٥٥٩ مدنى ) اعتبار هذه العقود حجة على مالك العين

أما القانون المصرى فانه قرر بالمادة ٣٦٤/٤٤٧ مدنى ما يأتى : « الايجار المعقود ممن له حق الانتفاع فى عقار بدون رضا مالك رقبته ينقضى بزوال حق الانتفاع وانما تراعى المواعيد المقررة للتنبيه على المستأجر بالتخلية أو المواعيد اللازمة لاخذ ونقل محصولات السنة . — والايجار المعقود من وصى [٤] أوولى شرعى [٥] لايجوز ان يكون الا لمدة ثلاث سنين ما لم تأذن المحكمة التى من

(١) كولين وكابتان جـ ١ ص ٨٠٤ (٢) Dr. de créance
(٣) Res inter alios actal (٤) Tuteur (٥) Administrateur légal

خصائصها الحكم فى مسائل الاوصياء بأزيدمنها » وعلى ذلك يجوز اعتبار المنتفع ولياً شرعياً فى ادارة العقار أى يصح اعتبار اجارته نافذة على مالك الرقبة فى حدود ثلاث سنوات وعلى شرط ان يكون المنتفع حسن النية [١]

واذا زادت جاز تنقيصها حتى ولو كان العقد قد تجدد بالسكوت عن الفسخ [٢] (المادة ٣٨٦/٤٧١ مدنى و١٧٣٨ و١٧٥٩ فرنسى) والجواز فى التنقيص مقرر لمالك العين لا للمستأجر لأنه وضع فى مصلحته هو [٣]

واما القول فيما اذا كان مالك العين هو الوارث للمنتفع ؟ أجاب القضاء الفرنسى بأن العقد ليس حجة عليه [٤] ولكن ربما يتعارض ذلك مع ما قررناه فى أن عقد الايجار الصادر من المنتفع حجة عليه مهما طال أجله . وبما ان الوارث يرث مورثه فيما التزم به هذا الاخير فانه يجب على ذلك أن يسرى عليه ما كان سارياً على مورثه. ويرد القضاء الفرنسى على ذلك بأن المنتفع لايحمل ورثته من الالتزامات الا بالقدر اللازم باعتباره انتفاعا ليس الا ، وان هذا الالتزام ، الحاصل بسبب الانتفاع ، يلتزم زوال الانتفاع . ولكن يلاحظ فى ذلك خلط واقع . لان الالتزامات التى يزول بها المنتفع بصفته منتفعاً هى الالتزامات التى التزم بها فقط امام مالك الرقبة . ولكن المنتفع بصفته مؤجراً أصبح ملتزماً أمام المستأجر منه بالتزام هو القيام بعمل كأى مدين عادى . هذا الالتزام الاخير هو الذى ينتقل الى وارثه [٥] وعلى ذلك يظهر أن القضاء الفرنسى لم يصب فيما قرره فى هذا الشأن

**٢٣٣ — (٢) فى بيع الزرع وهو قائم :** اذا فرض وباع المنتفع زرع سنة ولم يفصل بعد عن الارض ثم مات قبل الحصاد ، فما الحكم ؟ اذا فرضنا أن هذا البيع صحيح ونافذ على مالك العين لوجب على ذلك أن يكون ثمن الصفقة

---

(١) دى هلس ج ٤ ص ٣٦٦ ن ٥٢ (٢) Tacite reconduction

(٣) د ، ٨٣ ، ١ ، ٣١٤ — س ، ٨٥ ، ١ ، ٤٨٢

(٤) د ، ٩٨ ، ١ ، ٧٦ — س ، ٩٠٠ ، ١ ، ١٧٣

(٥) كابتان ص ٨٠٥ — ٨٠٦

ملكا لهذا الاخير . واذا سبق واستلم المنتفع الثمن قبل وفاته اصبح المبلغ فى ذمة التركة يدفعه الورثة لمالك العين . اذا علم ذلك فهل يجوز لمالك العين أن يطعن فى عقد البيع باعتبار أنه غـير جائز وانه باطل ولا يجوز صـدوره من المنتفع ؟ قال بالا يجاب بعض الشارحين وحجتهم المادة ٥٨٥ فرنسى فى أن الثمرة غير المنفصلة ليست مملوكة المنتفع . وان المنتفع باع ما لا يملكه ( المادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى و١٥٩٩ فرنسى ) و بناء على هذا الرأى يجوز لمالك العين منع المشترى من الحصاد بالمرة حتى ولو كان ابتدأ فيه فعلا . وما على المشترى الا الرجوع على ورثة المنتفع بما دفعه من الثمن. فاذا اعوزت تركة المنتفع خرج المشترى ولم يتقاض شيأ . ويقول بالايجاب أيضا «دى هلس»[1] وحجته أن الثمرة التى لم تفصل بعد تعتبر ملكا لمالك العين

ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا الرأى وقرر عكسه . اذ يرى انه مادام أن القانون اباح للمنتفع بصفته مديراً لملك الغير أن يؤجر اكثر من سنة ( وبقانوننا المصرى لغاية ثلاث سنوات المادة ٣٦٤/٤٤٧ مدنى) فكأنه أراد بذلك من باب أولى أن يمكن المنتفع من التصرف فى الزرع مدة سنة واحدة تصرفاً بالبيع قبل حصاده . وكان ما أجراه المنتفع فى هذه الحالة انمـا هو استغلال غير مباشر أى استغلال يسرى على مالك العين [2]

على أن الفائدة العملية لهذه التفرقة فى الرأيين تصبح ولا أثر كبير لها مادام أن مالك العين لا يتملك الثمرة الا على شرط ان يدفع تكاليفها [3]

**٢٣٤ — (٣) فى التنازل عن حق الانتفاع أو اسقاطه :** قلنا ان المادة ٥٩٥ فرنسى تقرر قاعدة عامة فى قولها بأنه يجوز للمنتفع حق تأجير العـقار . وهى تقرر كذلك قاعدة عامة فى قولها ايضاً بالتجويز له فى التنازل عن حق الانتفاع

(١) ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٥

(٢) د ، ٨٢ ، ١ ، ٣٦٥ — س ، ٨٢ ، ١ ، ٢٦٩ ومقال Labbé — كولين وكابيتان ج ١ ص ٨٠٦

(٣) دى هلس ج ٤ ص ٣٧١ ن ٦٥

للعين . لان الاصل في الحقوق أن تكون قابلة لحرية التصرف فيها [١] وان الحظر عارض عليها وهو لا يكون الا بنص وحيث لا نص فلا حظر وعلى ذلك يجوز التنازل عن حق الانتفاع للغير سواء كان التنازل بمقابل أو بغير مقابل . ويجوز رهنه رهناً رسمياً ما دام أنه حق عيني وفيما اذا تعلق بعقار [٢] وعلى شرط أن يكون الحق المقرر للمتنازل اليه ، مشترياً كان أو موهوبا اليه أو مرتهناً ، حقاً يتعلق أجله على الاجل الاصلي المضروب للمنتفع . لانه لا يجوز للانسان أن يملك الغير اكثر مما يملك هو . وكان الرومان لا يرون محلا للتجويز بالتنازل عن حق الانتفاع باعتبار أن هذا الحق حق شخصي لاصق بصاحبه لا يقبل الانصراف عنه انما أباحوا للمنتفع أن يتنازل عن الفائدة الناتجة منه [٣] فقط . ولكن القانون الفرنسي خالف هذه القاعدة الرومانية أخذاً بالقواعد العامة كما ذكرنا . وهناك فرق بين التنازل عن فائدة الانتفاع وبين التنازل عن الانتفاع نفسه . ذلك انه بالتنازل عن فائدة الانتفاع بالمعنى الروماني يتولد في مال المتنازل اليه [٤] حق مستقل بذاته [٥] مختلف عن حق الانتفاع نفسه فلا يجوز أن تسري عليه حينئذ المادة ٥٥٩/٦٨٣ مدني و٢١١٨ فرنسي التي تبيح رهن العقارات وتبيح ايضاً رهن حق الانتفاع الخاص بالعقارات ايضاً ( يتلاحظ أن المادة الفرنسية ٢١١٨ نصت على جواز رهن حق الانتفاع رهناً رسمياً . اما المادة المصرية ٥٥٩/٦٨٣ فلم تنص على ذلك ولكن القضاء يقرره باعتبار أن حق الانتفاع مما يجوز بيعه بالمزاد العام كما تقضي بذلك المادة المصرية ) [٥] . وأما التنازل بالمعنى الحاضر وكما تقضي به المادة ٥٩٥ فرنسي المقررة للقواعد العامة الحاضرة فان للمتنازل اليه أن ينتفع هو الآخر بما كان ينتفع به المنتفع

---

(١) دي هلس ج ٤ ص ٣٦٥ ن ٥١

(٢) دي هلس ج ٤ ص ٣٦٦ ن ٥٣ — (٣) Emolument de l'usufruit

(٤) Cessionnaire — (٥) Droit sui generis.

(٦) دي هلس ج ٢ ص ٣٢٢ ن ٢٢ — تعليقات بوريللي بك على المادة ٦٨٣ ص ١٨٤ ن ٤

الاصلى سواء بسواء ، أى انه يجوز له أن يرهن حق الانتفاع الذى حصل الاسقاط فيه اليه [١]

## ٦ — فى استبدال الشىء المحمل بحق الانتفاع بتعويض مالى

**٢٣٥** — يقع ذلك فى حالتين :

**الحالة الأولى : نزع ملكية العقار للمنفعة العامة** : اذا حصل ذلك فيحل التعويض محل العقار [٢] ويجب اما دفعه الى المنتفع ورده هذا الاخير عند انتهاء حق الانتفاع مع تكليفه بتقديم كفالة واما ايداعه بمصرف مالى بالفوائد وصرف هذه الفوائد الى المنتفع

**الحالة الثانية : فى حلول تعويض التأمين محل العقار** : اذا حصل التأمين على العقار المحمل بحق الانتفاع وأصابه حادث الحريق مثلا جاز للمنتفع هو الآخر حق المطالبة بتعويض التأمين ما دام أن هذا التعويض حل محل العقار . ولكن العمل جرى على خلاف ذلك اذ تعقد شركات التأمين عقدين ، عقد مع المنتفع وعقد مع مالك العين . وتقدر كل من حقى الانتفاع والرقبة على حدة وتقدر لكل منهما تعويضاً خاصاً . فاذا وقعت الفاجعة [٣] تقاضى كل من المنتفع ومالك العين قيمة التعويض المقرر له بعقد التأمين [٤]

* * *

**٢٣٦** — هذا ولا محل هنا لان نتكلم على حق الانتفاع الخاص بالغابات والاحراش والمناجم والمحاجر [٥]

(١) كولين وكابتان جـ ١ ص ٨٠٦ (٢) Subrogé (٣) Sinistre
(٤) كولين وكابتان ص ٨٠٧
(٥) انظر فيما يتعلق بفرنسا كولين وكابتان جـ ١ ص ٨٠٧ — ٨٠٩

## ٧ – فى حق الانتفاع الخاص
## بالاموال المعنوية

**٢٣٧** – ان ايرادات الاموال المعنوية [١] كايراد المحلات التجارية [٢] وايراد حق المؤلف [٣] وفوائد المبالغ [٤] والسندات [٥]. وأرباح الاسهم [٦] وايرادات المرتبات [٧] : هذه الايرادات جميعها تحكى الثمرات المدنية التى تكلمنا عنها . وهى تحصل فى أوقات معينة دورية دون المساس بكيان الاصل . وللمنتفع الحق حينئذ فى الحصول عليها أخذاً بالقاعدة المقررة بالمادة ١٣ / ١٩ مدنى و ٥٨٢ فرنسى القائلة بأن للمنتفع الحق فى استغلال الشىء ( والمادة الفرنسية صريحة فى الحصول على الثمرات الطبيعية بما فيها الصناعية والمدنية مع ملاحظة النقد الموجه الى كلمة الاستغلال [٨] الواردة بالمادة الفرنسية كما لاحظنا ذلك فى مكانه)

**٢٣٨** – على أنه يجب مراعاة ما يأتى :

١ ) فى المرتبات طول حياة الدائن [٩] : قررت المادة ٥٥٨ مدنى فرنسى « ان المنفعة المتوقعة على مرتب طول الحياة [١٠] تقرر للمنتفع حق قبض ايراد هذا المرتب [١١] طول مدة الانتفاع دون أن يلزم بأن يرد أى شىء » وهذه المادة تقرر قاعدة عامة على عكس ما كان مقرراً قبل سن القانون الفرنسى اذ كان محظوراً على المنتفع قبض ريع المرتب الحيوى . ويجب أن تتمشى هذه المادة على حالة انتفاع الانتفاع [١٢] اذ يجوز للمنتفع من المنتفع [١٣] أن يتقاضى ريع المرتب الحيوى دون أن يلزم هو الآخر بأن يرد أى شىء ما . فاذا انقضى حق

---

(١) Revenus des biens incorporels (٢) Bénéfices
(٣) Revenus dr. d'auteur (٤) Créances (٥) Obligations
(٦) Dividendes des actions (٧) Arrérage d'une rente
(٨) Jouir (٩) Rentes viagères
(١٠) Usufruit d'une rente viagère (١١) Percevoir les arrérages
(١٢) Usufruit d'un usufruit (١٣) Sous-usufruitier

الانتفاع الاصلى انقضى معه الانتفاع المستند اليه ، أى انتفاع الانتفاع ، وذلك أخذاً بالقاعدة العامة القائلة بانقطاع حق الانتفاع بزوال الشىء المحمل به وهى المقررة بالمادة ٢٧ / ٤٦ مدنى و ٦١٧ فرنسى [١]

**٢٣٩ — ٢) أرباح المحل التجارى :** للمنتفع بالمحل التجارى حق قبض أرباحه باعتبارها ثمرات مدنية . ولكن هل يجب الزام المنتفع بالتخلى عن جزء من أرباح المحل ليكون احتياطا له [٢] أو ليقابل استهلاك المحل [٣] ؟ يجب الرجوع فى ذلك الى العادة التى كان يجرى عليها المالك للرقبة . فاذا كان مالك المحل التجارى قد اعتاد على حفظ جزء من أرباحه لهذا الغرض وجب على المنتفع التزامه بذلك أيضاً والا فلا التزام عليه

**٢٤٠ — ٣) فى دفع الدين :** اذا كان الانتفاع منصباً على دين [٤] فله حق أخذ فوائده واذا أبى المدين الوفاء اليه جاز للمنتفع ووجب عليه حق مقاضاته . ولكن هل له الحق فى قبض أصل الدين؟ يقول القضاء الفرنسى بالايجاب ويؤيده الفقه [٥] لان الانتفاع ينقلب فى هذه الحالة الى شبه انتفاع [٦] ويصبح المنتفع مالكا للمبلغ على شرط أن يرده عند انقضاء الانتفاع . وقال البعض باشتراط قبول مالك العين فى تسليم المبلغ للمنتفع [٧] ولا محل لهذا الشرط ما دام أن المنتفع ملزم بتقديم كفالة

**٢٤١ — ٤) فى صور الانتفاع الخاص بسندات البورصة [٨] :** للمنتفع الحق فى قبض المبالغ المبينة بقسائم الأرباح [٩] الخاصة بالسندات [١٠] وقبض أرباح الاسهم أيضاً [١١] وكان يجيز القضاء للمنتفع الحق فى جعل الاوراق [١٢] لحاملها

---

(١) كولين وكابتان ص ٨١٠ — ٨١١ (٢) Fonds de réserve
(٣) Amortissement (٤) Créance
(٥) د ، ٨٣ ، ١ ، ١٧٤ — س ، ٨٥ ، ١ ، ١١ — كولين وكابتان ص ٨١١
(٦) Quasi-usufruit (٧) س ، ٦٩ ، ٢ ، ٩ ومقال Labbé
(٨) Valeurs de bourse (٩) Coupons (١٠) Obligations
(١١) Dividendes des actions (١٢) Titres

بدلا من أن تكون باسم صاحبها لانه كان يرى أن ذلك لم يخرج عن كونه عملا يتعلق بادارة الشيء المحمل بالانتفاع [١] . ولكن صدر قانون فرنسى سنة ١٨٨٠ قرر بأن نقل الاوراق من أسماء أصحابها الى حامليها [٢] يعتبر نوعاً من أنواع التصرف فى الورقة المالية [٣]

ولكن اذا كان للمنتفع الحق فى تقاضى فوائد السندات فهل له ايضاً الحق فى قبض مكاسبها التى نالتها بالقرعة[٤]؟ نعلم أن كثيراً من الشركات تسحب سنويا عدداً عظيما من هذه السندات بالقرعة بعد أن تقرر لها أرباحاً معينة وذلك ترويجا للاكتتاب الذى عرضته على الجمهور للحصول على قرض هى فى حاجة اليه. ونعلم أن بعض الشركات تلجأ الى طريقة أخرى وهى أن تجعل السند ذا مبلغ وقت الوفاء به اكبر من المبلغ الذى تقاضته من المقرض [٥] فتأخذ ١٠٠ جنيه فى مقابل أن تردها ١٢٠ جنيه مثلا وتقرر له أرباحاً أقل من الارباح العادية كأن تجعلها ١٪ بدلا من ٣٪

ولقد أجاب بعض الشارحين على أن للمنتفع حق قبض هذه المكاسب الموضوعة على الشكلين المتقدمين [٦] لانها تعتبر ملكا له . وحجتهم أن هذه المكاسب[٧] مادام انها فى الحقيقة فوائد متجمدة من قبل فهى تعتبر حينئذ جزء من المنفعة[٨] التى تعود على المنتفع. لانه اذا لم يكن هناك لا كسب بالقرعة [٩] ولا كسب عند الوفاء [١٠] فكان يترتب على ذلك حتما زيادة الفوائد التى يكسبها المنتفع من طريق قيمة السندات

ولقد نقد البعض الآخر هذا الرأى ولاحظ عليه أن الاستنتاج غير صحيح مع الاقرار له بصحة القواعد الاصلية . ذلك لان الفوائد المتجمدة [١١] لا تعتبر فى ذاتها

---

(١) Acte d'administration (٢) Conversion (٣) Aliénation
(٤) Lots (٥) Obligation à prime (٦) Primes و Lots
(٧) Bénéfices (٨) Jouissance (٩) Lot (١٠) Prime
(١١) Revenus capitalisés

فوائد[١] . وفوق ذلك فان هذه المكاسب[٢] قد تكونت من طريق أخذها أجزاء متناثرة من جميع المقرضين أى من جميع السندات المعروضة للاكتتاب ولا يمكن للمنتفع أن يدعى أى حق ما على الفوائد المقررة للسندات المملوكة للآخرين[٣]

ولكن هل يجوز مع ذلك ان يقال بأن هذه المكاسب[٤] ( أو المكافآت ) يجب أن تعتبر كأنها فوائد غير عادية[٥] أو كنز[٦] أو هبة جاءت عفواً[٧] وانه بناء على ذلك تصبح ملكاً لمالك العين ؟ يقول الشارحون بأنه لا محل لهذا القول لان المكافآت هذه تخالف الكنز لانها مأخوذة فى الحقيقة من الفوائد[٨] . وليس من العدل أن لا ينتفع بها المنتفع بالمرة . والواجب فى هذه الحالة أن لا يؤخذ بالقياس مع المادة ٥٩٨ مدنى فرنسى الخاصة بالكنز . بل يجب من الوجهة العقلية والعدالة الرجوع الى المادة ٥٩٦ مدنى القائلة بان للمنتفع الحق بالانتفاع بالزيادة التى طرأت على الارض بواسطة الطمى[٩] باعتبار ان حكم هذه المادة حكم عام . لان هذه المكافآت التى يقبضها صاحب السند[١٠] لم تخرج عن كونها فى الحقيقة شيئاً جديداً اتصل بالشىء الاصلى كما يتصل الطمى بالارض[١١] والشبه حاصل فى الاثنين . وعلى ذلك يصح للمنتفع قبض هذه المكاسب أو المكافآت والاستيلاء على فوائدها وردها فى نهاية الانتفاع الى مالك الرقبة الاصلى[١٢] ويجب الاخذ بهذا الرأى أيضاً فى جميع الاحوال المتشابهة كما اذا حصل توزيع المال الاحتياطى للشركة[١٣] على حملة الاسهم[١٤] وهو ذلك المال الذى تجمد لدى الشركة مما كانت تحتفظ به من مكاسب الشركة[١٥] بسبب عدم توزيعه ضمن المبالغ المخصصة من

---

(١) Revenus (٢) Lots و Primes (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٨١٢
(٤) Lots و Primes (٥) Produit extraordinaire (٦) Trésor
(٧) Don de fortune (٨) Revenus (٩) Alluvion
(١٠) Obligataire (١١) Par accession
(١٢) د ، ٧٧ ، ١ ، ٣٥٣ س ، ٧٨ ، ١ ، ٥ ومقال Labbé — س ، ٨٥ ، ٢ ، ٧٩
(١٣) Fonds de réseve (١٤) Actionnaires (١٥) Benefices

الارباح للتوزيع على المساهمين [١]

## ٨ — فى واجبات المنتفع

**٢٤٢** — تنقسم هذه الواجبات الى قسمين . واجبات يقوم بها عند البدء فى الانتفاع . وواجبات تلزمه اثناء مدة الانتفاع . ويجب مراعاة الاخذ بعقد الانتفاع. واذا لم يوجد به شىء يتعلق بالواجبات والحقوق يجب الرجوع حينئذ الى ما قرره القانون فى ذلك (المادة ١٩/٣٨ مدنى )

### ١ — فى واجبات المنتفع وقت البدء فى الانتفاع

**٢٤٣** — يرى القانون الزام المنتفع قبل البدء بالاستغلال ووضع يده على الاشياء أن يقدم لمالك العين ضمانات [٢] تضمن ردها اليه فى المستقبل . والضمانات هذه على نوعين : محضر جرد بالمنقولات [٣] وكشف [٤] بالعقارات ثم تقديم كفالة [٥]

**٢٤٤** — فى *محضر الجرد والكشف* : تقول المادة ٢١/٤٠ مدنى و٦٠٠ فرنسى ما يأتى : « اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب حصره بالجرد ولزم المنتفع تقديم كفالة به فان لم يقدمها بيع المال المذكور ووضع ثمنه فى أوراق ميرية [٦] وأعطت أرباحها اليه » وتضيف المادة الفرنسية على ذلك كشفا بالعقارات .

ومحضر الجرد ورقة يبين بها عدد المنقولات [٧] ووصفها [٨] ويقول البعض بضرورة بيان قيمتها أيضاً [٩] ولا محل للكشف الخاص بالعقارات لانها تثبت بمستنداتها الخاصة بها وهى مستندات الملكية . والغرض من محضر الجرد ضمان

---

(١) Dividendes د ، ٩٠٤ ، ١ ، ٥٩١ — س ، ٩١١ ، ١ ، ٣٦١

(٢) Garanties (٣) Inventaires (٤) État (٥) Caution

(٦) Fonds publics (٧) Énumeration (٨) Description

(٩) Estimation

رد الاشـياء فيما بعد . والافضل أن يعمل المحضر فى مواجهة مالك العين كما نص بذلك القانون الفرنسى دون المصرى حتى يكون حجة عليه وحتى لا يقبل فيما بعد طعناً ما عليه . وأما من حيث شكل هذا المحضر فيجوز عمله بورقة عرفية اذا كان مالك الرقبة والمنتفع من ذوى الاهلية القانونية . واذا كان أحدهما من مفقودى الاهلية وجب فى نظرنا أن يتولى عمله الطرف الآخر المتمتع بالاهلية مع وصى الطرف الآخر أو قيمه أو وليه . ويرى الشارحون الفرنسيون أن يضعه موثق

وما الذى يترتب عن عدم عمـل محضر الجرد؟ وما هو جزاء عدم وضعه [١] جزاؤه نوعان : نوع احتياطى ونوع تأديبى

أما الجزاء الاحتياطى [٢] فقد نص عليه القانون الفرنسى بالمـادة ٦٠٠ وهو حرمانه من وضع يده على الاشياء وليس معنى ذلك حرمانه من حق الانتفاع بها ولا مانع من الاخذ به بالقانون المصرى

وأما الجزاء التأديبى [٣] فهو انه ما دام لايوجد سـند تحت يد مالك العين للمطالبة بمـا ورد به عند انتهاء حق الانتفاع فيكون وقتئذ فى حل من اثبات وجود الاشياء المحملة بحق الانتفاع بجميع الاوجه القانونية الممكنة بمـا فى ذلك الشهرة العامة [٤] وقال بذلك الشارحون الفرنسيون أخذاً بمـا ورد عندهم بالمواد ١٤١٥و١٥٠٤ فيما يتعلق بالزوج وعدم حصر ممتلكات زوجته التى آلت اليها والتى يلزم بردها فيما بعـد [٥] وأما فى العقارات فيقول البعض بأنه يفرض ان المنتفع استلمها بأحسن حال قياساً على المادة ١٧٣١ فرنسى عند عدم قيام المستأجر باثبات حالة الاعيان المؤجرة اليه (قارن مع ذلك المادة ٣٧٨/٤٦٣ مدنى مصرى) ويرى البعض الآخر عدم صحة هذا القيـاس لان المؤجر ملزم بتسليم الشىء بأحسن

(١) Sanction
(٢) Sanction préventive
(٣) Sanction répressive
(٤) Commune renommée دى هاس ج ٤ ص ٣٦٠ ن ٣٧
(٥) كولين وكابتان ص ٨١٤

حالة . وهذا يخالف حالة المنتفع مع مالك العين . اذ يستلم المنتفع الاشياء كما هى دون أن يلزم مالك العين بشىء فيما يتعلق بالتحسين[1]

ويحصل أن العقد المقرر لحق الانتفاع كالوصية يعفى المنتفع من تحرير محضر جرد . ويعتبر هـذا الاعفاء بمثابة التبرع ببعض الاشياء أو بمثابة الاباحة بردها على أسوأ حال . والتبرع بالايصاء جائز على شرط أن لايكون لوارث ( المادة ٥٣٦ من كتاب قدرى باشا ) واذا كان لاجنبى فلا يصح الا فى الثلث ( المادة ٥٣٧ قدرى باشا ) . هذا واعفاء الموصى للمنتفع من عمل محضر الجرد ليس بمانع للوارث بعمله بمصاريف من ماله الخاص . وليس للمنتفع حق الاعتراض على ذلك . ولكن ألا يتعارض هذا مع نية الايهاب والتبرع كما ذكرنا ؟ وهل يجوز للموصى الحظر على وارثه صاحب الرقبة من عمل محضر جرد ؟ قال القضاء الفرنسى بعدم صحة هذا الحظر وبابطاله . وينقد الفقه الحاضر هذا الرأى اذ يلاحظ أن الموصى كان فى حل من أن يعمل أكثر من الحظر . ومن استطاع الاكثر استطاع الاقل[2]

٢٤٥ — فى تقديم الكفالة : تجب الكفالة فى حالة المنقولات كما تقول بذلك المادة ٢١ مدنى . والغرض من الكفالة أن تضمن لمالك العين فى أن يعمل المنتفع فى انتفاعه ما يعمله رب الاسرة المعنى بشؤونه[3] ( المادة ٦٠١ فرنسى وحكمها عام ) والكفالة تقديم كفيل موسر[4] يكفل المنتفع فيما يلتزم به هذا الاخير . ويتعهد بأن لايتلف المنتفع الاشياء المسلمة له وأن يستغلها طبقاً لما أعده لها المالك وأن يردها فى نهاية الانتفاع وأنه يلتزم بجميع أنواع المسئولية التى يمكن أن يتحمل بها المنتفع فيما اذا أصبح هذا الاخير معسراً . وجزاء الكفالة جزاء احتياطى . والاصل أن المنتفع لايملك الحق فى الزام مالك العين بتسليمه الاشياء طالما أن الكفالة لم تقدم . ولهذا الجزاء استثناءان :

(١) كولين وكابتان ص ٨١٤ وذلك فيما تعلق بالقانون الفرنسى بالنسبة للايجار

(٢) Qui peut le plus peut le moins كابتان ص ٨١٤

(٣) Un bon pére de famille (٤) Repondant solvble

١ ) **التأخير في تقديم الكفالة** : يجوز أن يطول وقت تقديم الكفالة لانه ليس من السهل العثور على كفيل . ولكن لما كان الغالب في الانتفاع أن يكون الغرض منه تقرير نفقة للمنتفع يقتات منها لذا قرر القانون الفرنسي بالمادة ٦٠٤ وحكمها عام بأن المنتفع لا يحرم مع ذلك من حقه في الثمرات مع تأخيره في تقديم كفيل لانها حقه ويستحقها من وقت فتح باب الانتفاع . وعلى ذلك لا يملك مالك العين ثمراتها بوضع يده عليها حتى يقدم الكفيل . ويجب عليه المحافظة عليها ليسلمها لمالكها أو يبيعها اذا خاف التلف عليها ويسلم ثمنها الى المنتفع أيضاً في الوقت الذي يقدم فيه هذا الاخير كفيلا له

٢ ) **في استحالة تقديم كفيل** : اذا استحال على المنتفع تقديم كفيل فلا يجوز أن يترتب على ذلك أن يحرم من مزايا حق الانتفاع[١] وعلى الاخص اذا كان الانتفاع لازماً لتعيشه . وله الحق حينئذ في تقديم رهن[٢] مكان الكفيل أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢٠٤١ مدني فرنسي ، وينصرف الرهن هنا عادة وعملا الى مبلغ من النقود . أما اذا استحال عليه تقديم كفيل شخصي أو كفالة عينية فتؤجر العقارات الى الغير أو يعين لها حارس قضائي[٣] ليديرها ويسلم غلتها للمنتفع . وأما عن المنقولات فتباع ويشترى بثمنها أوراق ميرية[٤] وتسلم فوائدها اليه في أوقات دفعها كما تقضي بذلك المادة ٢١/٤٠ مدني و ٦٠٢ و ٦٠٣ فرنسي . ويجوز للمنتفع أن يطلب الاحتفاظ مع ذلك ببعض المنقولات لمنفعته الخاصة كمفروشات المنزل مع تقديم كفالة يمين[٥] أي على شرط أن يحلف بأن يردها سليمة في نهاية الانتفاع

ولقد بين الشارع بالمادة ٢١/٤٠ مدني و ٦٠١ و ٢٠٤٢ فرنسي الطريقة التي تتبع في حالة عدم تقديم كفالة وهي بيع الاشياء المنقولة وتأجير العقار

(١) Emolument (٢) Gage (٣) Séquestre
(٤) Fonds publics (٥) Caution juratoire

بمعرفة حارس قضائى . ولم ترد هذه الطرق على سبيل الحصر بل يجوز اتباع طرق أخرى تكون ضامنة أيضاً لمالك العين . ذلك أن القضاء الفرنسى أجاز فى حالة الانتفاع بالاوراق المالية لحاملها [١] نقلها باسمه هو [٢] فترصد فى سجلات الشركة باسمه خاصة ، الملكية له ، والانتفاع للمنتفع [٣] ويجوز للمنتفع أن يقدم رهناً رسمياً لعقار [٤] بدلا من الرهن الحيازى [٥] المنصوص عنه بالمادة ٢٠٤١ فرنسى [٦]

**فى اعفاء المنتفع من الكفالة** : لما كان من المتعذر وربما من المستحيل على المنتفع أن يجد أحيانا كفيلا فقد جرت عادة الموصين أو الواهبين أن يعفوا المنتفعين منها . وعلى ذلك لا يجوز لمالك العين اكراه المنتفع على تقديم كفالة كما أنه ليس له أن يعمل على ما يعادل الكفالة فيحظر عليه جعل السندات لحامله باسمه ولكن اذا طرأ ما يدعو الى التخوف منه مما يخشى على الاشياء التى ينتفع بها كأن وقع فى عسر مالى [٧] أو افلاس [٨] أو أغرق فى استغلال الاشياء اغراقا ضاراً بها جاز للقضاة الزامه بتقديم كفالة . وربما يتفق هذا الرأى مع الغرض المقصود من الاعفاء من الكفالة . ورجع القضاء فى رأيه هذا الى المادة ١٠٢/ ٢٥٦ مدنى و ١١٨٨ فرنسى من طريق القياس فيما قررته من سقوط الاجل على المدين اذا عمل هو بنفسه على الاضعاف من التأمينات الخاصة الضامنة للدين الملتزم به [٩] على أن المادة ٢٧/٤٦ مدنى و٦١٨ تقول بقطع الانتفاع عن المنتفع اذا غالى فى الاستغلال [١٠] ، وحكمها عام ، فمن باب أولى ان يلزم بكفيل

هذا هو الاعفاء الارادى [١١] او الاعفاء التعاقدى [١٢] وهناك نوع آخر

---

(١) Titres au porteur (٢) Titres nominatifs

(٣) د ، ٩٢ ، ١ ، ٦٨ — س ، ٩٢ ، ٣٥٣ ومقال فاهل Wahl — د ، ١١ ، ٩١١ ، ١ ، ١٤٢ — س ٩٠٨ ، ١ ، ٨

(٤) Hypothèque (٥) Gage

(٦) د ، ٩٧ ، ١ ، ٦٠١ ومقال بلانيول Planiol — س ، ٩٧ ، ١ ، ١٣٧

(٧) Déconfiture (٨) Faillite

(٩) د ، ٩٢ ، ١ ، ٦٨ — س ، ٩٢ ، ١ ، ٣٥٣ — راجع أسباب الحكم ومقال فاهل — كولين وكابتان ص ٨١٦ — ٨١٧

(١٠) Abus de jouissance

(١١) Dispence volontaire (١٢) Dis. contractuelle

يسمى بالاعفاء القانونى [1] وهو الذى يقول به القانون نفسه ويقع فى حالتين : (١) حالة حق انتفاع الولى الشرعى (بفرنسا) بأموال اولاده فنازلا ( قارن المواد ٤٢١ و ٤٢٢ و ٤٢٤ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا ) (٢) والنوع الثانى من الاعفاء القانونى هو اعفاء البائع والواهب اذا احتفظ كلاهما بحق الانتفاع لنفسه ( المادة ٦٠١ مدنى فرنسى ) . اما عن الواهب فهو حر فيما يعطيه للغير وما يحتفظ به لنفسه لان الموهوب اليه لا يملك حق الجدل والمنازعة مع ذلك وقت انعقاد عقد الهبة . واما عن البائع الذى يبيع الرقبة ويحتفظ بحق الانتفاع فيجوز ان يكره على الكفالة اذا أصر عليها المشترى وقت انعقاد العقد . وما دام انه لم يطلبه فهو واثق بالبائع [2]. هذا ولا نرى مانعاً من الاخذ بهذه المادة ٦٠١ الفرنسية لانها تقررقاعدة عامة على انه يجب ان نلاحظ دائما ان الاصل فى شرعية الاعفاء الثقة . فاذا زالت زال معها الاعفاء وجاز للقضاء الزام المعفى بتقديم كفالة

## ب — فى واجبات المنتفع أثناء قيام حق الانتفاع

**٢٤٦** — رأينا ما قررته المادة ٢٠/٣٩ مدنى فى أنه « يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشىء فيما وضع له [3] وترجع واجبات المنتفع وقت الانتفاع الى هذه القاعدة وذلك انه يلزم بالمحافظة على الشىء وعلى رده بكيانه الاصلى وأن يستغله كالمالك وأن يقوم بالتكاليف [4] المقابلة للريع [5] ومن هنا تقررت قواعد هامة رجع فيها الى القانون الرومانى . ولكن يلاحظ أن الرومان لما رأوا أن حق الانتفاع حق عينى أبوا الاقرار بوجود رباط التزامى بين المنتفع ومالك العين ولذا

(١) Dis-légale (٢) كولين وكابتان ص ٨١٧ (٣) Destination

(٤) Charges (٥) Revenus

تدخل القاضي المشترع [١] وقرر نظرية التعاقد القضائي للغير [٢] وهي المقابلة للالتزامات التي كان من اللازم الزام المنتفع بها . وكان هذا الاخير ملزماً قبل الاستغلال بالتعهد بأن يستغل كرب الاسرة المعنى بشؤونه وذلك جوابا على ما يوجهه اليه مالك العين من الاسئلة . ولما زال هذا النوع من التحاور بالاسئلة والاجوبة [٣] وما يترتب عليه من الالتزامات اعتبر وجود هذه الالتزامات مفروضاً كأن التحاور حصل بالفعل فترتبت عليه هذه الالتزامات . وعلى ذلك اعتبر المنتفع ملتزماً دائما وأبداً أمام مالك العين بالتزام شخصي . أما القوانين المصرية فقد تخلت عن الاخذ بهذه المجازات الرومانية وهذه الفروض فى تقرير الالتزامات وواجهت هذه الالتزامات واحداً بعد الآخر من طريق النص عليها نصاً لا محل فيه للتصوير المجازى الرومانى

أما هذه الالتزامات فهى :

## ١ — فى الالتزام بالمحافظة على الشيء وفى التأمينات

**٢٤٧** — يلزم الملتزم بالمحافظة على الشيء والقيام عليه بالرعاية اللازمة .واذا اعتدى الغير على الشيء بالغصب وجب عليه اخبار مالك العين ، والا التزم هو بالتعويض كالتزامه فى حالة وقوع تلف منه ( المادة ٦١٤ فرنسى وحكمها عام ) . على ان للمنتفع الحق فى مقاضاة المتعرض له مباشرة بما تقرر له من دعاوى وضع اليد التى سيأتى ذكرها فيما بعد وذلك باعتباره واضع اليد [٤]

ويجب عليه أن يقوم هو بنفسه بالاحتياطات التحفظية [٥] كأن يقطع التقادم على من يسير فيه ضد مالك العين لان ذلك من عمله باعتباره شاغلا للارض ولان مالك العين بعيد عنها فلا يسهل عليه القيام به

---

(١) Préteur (٢) Stipulation prétorienne (٣) Stipulation
(٤) Possesseur (٥) Mesure conservatiore

وهل يترتب على قيامه بالمحافظة على الشيء التأمين على العقار ضد الحريق أو على الاستمرار فى دفع أقساط التأمين الذى أجراه مالك العين قبله ؟ قيل بالسلب وحجة القائلين ان التأمين عقد احتياطى شخصى محض[1] وقالوا بأنه من الواجب حينئذ على مالك العين أن يؤمن على الرقبة وهى المملوكة له . لان المنتفع لو أمن على العقار أو استمر فى دفع أقساط التأمين السابق تأمينا يتناول الملكية الكاملة للعقار فلا يكون له من الحق فى المطالبة بمبلغ التعويض عند وقوع حادث الحريق الا بما يقابل حق الانتفاع فقط وذلك أخذاً بالقاعدة المقررة فى هذا الشأن فى أن التأمين هو عقد عن تعويض لا يترتب عليه أن يكون مصدر غنم وربح للمؤمن له[2] . ولذا جرت عادة العمل أن لا يؤمن المنتفع الا على حق انتفاعه فقط لا على الملكية بأجزائها المختلفة . ولمالك الرقبة اذا شاء أن يؤمن على حق الرقبة

على انه يحصل ان يستمر المنتفع أو مالك العين على دفع أقساط التأمين السابق الذى أجراه المالك الاصلى للعين . فاذا فرض وكان المستمر فيه هو المنتفع ثم وقع حادث الحريق فلا يجوز له أن يطالب الا بالقدر المناسب من تعويض التأمين بما يعادل حق الانتفاع فقط كما رأينا ذلك . ولكن هل يجوز لمالك العين هو الآخر أن يطالب بالباقى باعتباره معادلا لحق الرقبة وباعتبار ان المنتفع فى استمراره فى دفع أقساط التأمين انما كان يعمل بالنسبة لمالك الغير بمثابة فضولى أى يدير عمله فى غيبته ؟ يجوز له ذلك كما أقره الفقه الفرنسى والقضاء الفرنسى أيضاً [3]

## ٢ — فى التزام المنتفع بمصاريف المحافظة على الشيء

**٢٤٨** — يجب على المنتفع المحافظة على الشيء بالحالة التى استلمه بها . ومن

---

(١) Contrat de prévoyance (٢) كولين وكابتان ص ٨١٨

(٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٨١٩ — د ، ٨٨ ، ١ ، ١٧٧ — س ، ٨٩ ، ١ ، ٢٧٣

أجل ذلك تقول المادة ٢٥/٤٤ مدنى و٦٠٥ فرنسى ما يأتى : « يجب على المنتفع أن يقوم بكافة المصاريف اللازمة لحفظ وصيانة الشيء المنتفع به[1] وليس له أن يكلف المالك بصرف شيء مطلقاً » والمراد بمصاريف الصيانة أى المصاريف اللازمة للاصلاحات العادية الصغيرة [2] وأما الاصلاحات الكبرى[3] فيتكفل بها مالك العين الا اذا تسبب فيها المنتفع لعدم قيامه بالاصلاحات العادية (المادة ٦٠٥ فرنسى وحكمها عام) وقد ذكرت المادة ٦٠٦ فرنسى مفردات النوع الثانى وأطلقت التعبير بالنسبة للنوع الاول. ويتمشى النوعان مهما كان الشيء محل حق الانتفاع أرضاً أو بناء. ويرجع فى بيان التفرقة بينهما [4] الى روح القانون[5] بأن يعتبر من المصاريف العادية ما يمكن أخذه من الريع. والا فيعتبر من المصاريف غير العادية التى يتحمل بها مالك العين مثل اصلاح الجزء الاسفل من المسرح[6] اذ يعتبر من الاصلاحات الكبرى[7]

وما جزاء عدم القيام من جانب المنتفع بالمصاريف الصغرى، ومن جانب مالك العين بالمصاريف الكبرى ؟

**٢٤٩ — عدم قبول المنتفع بالمصاريف الصغرى :** فريق يأخذ بالنظرية الرومانية القائلة بالتزام المنتفع أمام مالك العين ويبيح لهذا الأخير حق مقاضاة المنتفع بالتزامه بالقيام بهذا النوع من المصاريف، وفريق يقول عكس ذلك[8] اذ يرى ان فى اكراه المنتفع قضائياً بالاصلاح ما لا يتفق مع روح العمل لما فيه من تدخل مالك العين فى شؤون المنتفع والرقابة عليه فيما يجريه. وفوق ذلك فان المنتفع لا يعتبر ملتزماً أمام مالك العين الا برد الشيء[9] ويترتب على ذلك ضرورة قيامه بالصرف عليه واصلاحه الاصلاح العادى. ولا يحين وقت تقرير مسئوليته

---

(١) Dépenses d'entrelien (٢) Réparation d'entretien
(٣) Grosses réparations (٤) Criterium (٥) Esprit de la loi
(٦) Théatre (٧) كابتان ص ٨٢٠ (٨) كواين وكابتان ص ٨٢٠
(٩) Propter rem

الا عند انقضاء حق الانتفاع اذ فى ذلك الوقت يعتبر مسئولا فيما اذا لم يسبق له أن قام بالاصلاحات العادية لانه لم يقم وقتئذ برد الشيء بالحالة التى استلمه بها . على أن للمنتفع الحق فى رفع المسئولية عنه بترك حق الانتفاع اذ رأى ان المصاريف العادية تكلفه ما لا يطيق . ويستحيل الترك هذا بتسليم الشيء لمالكه والكف عن جنى ثمرته فى الوقت الذى كان يجب القيام فيه بالاصلاحات العادية

**٢٥٠ — عن عدم قيام صاحب العين بالاصلاحات الكبرى** : تكاليف الاصلاحات الكبرى على عاتق مالك العين ولكن لا يلزم بالقيام بها ولا سبيل لالزامه بذلك لان موقفه أمام المنتفع موقف سلبي اذ ينحصر فى أن يترك المنتفع ينتفع وليس عليه أن يعمل على تسهيل الانتفاع له . ويؤيد ذلك نص المادة ٢٥/٤٤ مدنى وصيغة المادة ٦٠٥ فرنسى ونص المادة ٦٠٧ فرنسى التى قررت بأن لا يكره المالك والمنتفع على تجديد ما تهدم بالحوادث الجبرية والقهرية وبالقدم [١] ويتفق ذلك ايضاً مع العدالة لان فى تحميل المالك للرقبة بالمصاريف الكبرى ارهاقاً له ومساساً برأس ماله وربما لا تعود فائدة ما عليه اذا اجتمع حقا الرقبة والانتفاع بيده [٢] واذا فرض وقام المنتفع بالمصاريف فليس له الرجوع بها على المالك لان فى ذلك اكراهاً غير مباشر لمالك العين بالقيام بالمصاريف الكبرى وهو غير مقبول . وهناك رأى يقول به مع ذلك ويقرر بأن المنتفع لا يتقاضى ما صرفه مقدماً على هذه الاصلاحات الكبرى الا فى نهاية الانتفاع ويتحمل هو بفوائد المبلغ الذى صرفه أخذاً بالقياس مع المادة ٦٠٩ فرنسى التى قررت بأن الديون المطلوبة يقوم بها مالك العين ويلزم بفوائدها المنتفع . على أن القضاء الفرنسى يرى الحكم للمنتفع بما زاد فى قيمة الشيء [٣] بسبب قيامه بالاصلاحات الكبرى . وهذا هو أوجه الآراء المتقدمة [٤] وليس للمنتفع أن ينشئ بناء أو يحدث غرساً بالارض

---

(١) Vétusté (٢) كولين وكابيتان ص ٨٢٠ — ٨٢١ — د ، ١٩٠١ ، ١ ، ٢٠٩ ومقال Guénée — س ، ١٩٠٤ ، ١ ، ٣٦ (٣) Plus-value

(٤) د ، ١٩١١ ، ٤٥٧ — س ، ١٩١٣ ، ١ ، ٩٢

بدون رضاء المالك بكتابة تؤخذ عليه أو باقراره أو بامتناعه من الحلف (المادة ٢٦/٤٥ مدنى)

هذا ولقد نقد الشارحون الفرنسيون [١] ما قرره القانون الفرنسى بشأن المصاريف العادية وغير العادية أى الاصلاحات الصغرى والاصلاحات الكبرى من جعل الاولى على المنتفع والثانية على المالك فى الوقت الذى قرر فيه بعدم الزام أحد من الطرفين بتجديد ما تهدم بالقدم وبالحوادث الجبرية والقهرية . ويرون انه كان الالزم من طريق حسن القيام بادارة الاعيان الموقوفة على حق الانتفاع أن يخصم من ريع هذه الاعيان جزء كل سنة يتكون منه مال يسمى بمال الاستهلاك [٢] يصرف فى اصلاح الاعيان سواء أكان الاصلاح عادياً أم غير عادى، اذ يجب على ذلك اعتبار الاصلاح غير العادى عادياً . وان كان الشارع المصرى أو الفرنسى لم يأخذا بهذه القاعدة الصحيحة التى ذكرناها فلأن كلا منهما يرى أن الغرض الحقيقى من حق الانتفاع انما هو تحصيل القوت اللازم والنفقة الضرورية للمنتفع ، الامر الذى يدعو الى عدم تحميل المنتفع بما لا تطيقه حالته المالية

## § ٣ — فى التزام المنتفع

## بتحمل تكاليف الانتفاع

**٢٥١** — هذه التكاليف [٣] على أنواع :

١) **تكاليف عامة** : يتكفل بها المنتفع باعتبارها فى مقابل الاستغلال وهى التى تؤخذ اثمانها عادة من الريع . وهى طائفتان تكاليف عادية وتكاليف غير عادية

**التكاليف العادية** [٤] : وهى العوائد والضرائب وتطهير الترع الخاصة ونزح المراحيض (المادة ٦٠٨ فرنسى وحكمها عام) وهو ملزم بها

**التكاليف غير العادية** [٥] : تتصل هذه برأس المال لا بالريع وهى المنوه عنها

(١) كولين وكابتان ص ٨٢١ (٢) Fonds d'amortissement
(٣) Charges (٤) Ch. ord. (٥) Ch. extraor.

بالمـادة ٦٠٩ فرنسى فى أن للمنتفع دفع الديون على شرط الرجوع بها على مالك العين فى نهاية الانتفاع وأنه يتحمل هو بالفوائد التى كانت مستحقة . واذا كان العقار المحمل بحق الانتفاع مرهوناً رهنـاً رسمياً [1] تحمل المنتفع بفوائد دين الرهن باعتبار أن ذلك يدخل فى عداد التكاليف العادية

وما القول بشأن ما اذا كان المالك قد استدان قبـل الانتفاع بدين تعهـد بدفعه مع فوائده على أقساط متساوية مدة معينة من الزمن مثل ١٠ سنوات[2] ورهن عقـاره محل الانتفاع وفاء للدين . ويلاحظ أن القسط السنوى[3] يشمل فوائد الدين وجزءاً من الدين نفسه . وهذا الجزء من الدين يزداد كل سنة وهو داخل القسط السنوى ما دام أن الفوائد تنقص بنقصان الجزء المدفوع من رأس المـال . فهل فى هـذه الحالة يلزم المنتفع بجميع الاقساط التى تحل مدة الانتفاع ، أو أنه لا يلزم الا بالقدر اللازم من الفوائد فقط ؟ يرى القضاء الفرنسى الاخذ بالرأى الثانى اعتماداً على المواد ٦٠٨ و ٦٠٩ فى أن الفوائد من التـكاليف العادية وأن الدين الاصلى من التـكاليف غير العادية التى يلتزم بها مالك العين [4] وقد لاحظ الناقدون لهذا الرأى أن المالك كان يعتمد عند الاقتراض على ما كان يصيبه من ريع العقار المرهون . فاذا استحال عليه تخصيص الريع كلا أو بعضاً فى دفع القسط فقد استحال عليه الوفاء بالدين . ولـكن يرد على هـذا النقد أنه اذا قيـل بأن يتحمل المنتفع بدفع القسط السنوى كله لاستفاد مالك العين فقط دون المنتفع وأثرى على حساب هـذا الاخير وأصبح المنتفع محروماً من بعض ريع العقار ان لم يكن كله اذا استغرقه القسط . على أن هـذا النوع من القرض المؤجل الوفاء فيه بأقساط سنوية متساوية يمتاز عن القرض العادى فى أن الوفاء

---

(١) Hyp. (٢) Prêts remboursables par voie d'amortissement
(٣) Annuité (٤) د ، ٩٩ ، ١١٧ ومقال De Lanzac de Laborie — س ، ٩٩ ، ١ ، ٧٨ — كولين وكابيتان ص ٨٢٢ — ٨٢٣

بالدين لا يكون مرة واحدة . فاذا فرض وكان القرض هذه المرة قرضاً عادياً غير مقسط ورهن من أجله العقار ، أليس من المؤكد أن مالك الرقبة يقوم بالوفاء بالدين كله عند حلول أجل الوفاء ؟ فلماذا ينصرف عنه هذا الالتزام فيما اذا كان القرض بأقساط فى الوفاء ، ولماذا يحمل المنتفع بدفع أصل الدين وهو الذى أخذه مالك العين وانتفع به وحده[1] ؟

ويجب أيضاً الاخذ من طريق القياس بالمادة ٦٠٩ التى تلعب هنا دوراً هاماً فيما يختص بالاوراق المالية بالبورصة [2] اذا لم يتم دفع قيمتها بأجمعها . فاذا انصب حق الانتفاع على هذه الاوراق فمن ذا الذى يلزم بدفع الباقى من قيمة هـذه الاوراق ، أألمنتفع أم مالك الرقبة ؟ ان المنتفع لا يدفع منها شيئاً . لان هـذا التكليف غير عادى ولا يحمل به الا مالك العين . فاذا قام المنتفع مع ذلك بالوفاء من ماله فله عنـد انقضاء الانتفاع حق الرجوع على مالك العين بما يقابل اصل الدين لا الفائدة

**٢٥١ مكرر — فى الديون المحملة بها الاشياء محل الانتفاع :** الاصل ان المنتفع لا يلزم بالديون التى اشتغلت بها ذمة مالك العين قبل البدء فى الانتفاع . وذلك لان العقد المقرر للانتفاع يعتبر حجة على دائنى مالك العين ويسرى عليهم كما يسرى أى تصرف يحصل منه فى ممتلكاته . ولا يجوز لهم استيفاء ديونهم الا مما تبقى من هذه الممتلكات . ولهم حق التنفيذ على حق الرقبة له . على ان لهذه القاعدة استثناءان :

اولا — اذا كان حق المنتفع قاصراً على عقار معين مرهون [3] التزم المنتفع بدفع الدين المطلوب اذا حان اجل الوفاء ، وذلك باعتباره حائزاً للعقار [4] وله حينئذ فى هذه الحالة حق الرجوع بما دفع على مالك الرقبة كـكل حائز للعقار ( المادة ٦١١ فرنسى وحكمها عام )

(١) كولين وكابتان ص ٣٢٣

(٢) Titres de bourse

(٣) Usufruitier à titre particulier d'un l'immeuble hypothéqué

(٤) Tiers détenteur

ثانياً — اذا كان حق الانتفاع منصباً على تركة [١] او على جزء شائع فيها [٢] وجب عليه دفع الدين كله فى الحالة الاولى ونصيبه فيه فى الحالة الثانيــة بنسبة حقه فى الانتفاع . والوجوب هنا وجوب حتمى لا خلاف فيه . ويحصل ذلك على الغالب فى الوصايا

**٢٥٢ — ٣)** *فى مصاريف الدعوى* : من الذى يتكفل بمصــاريف الدعاوى الخاصة بالاشياء المحملة بحق الانتفاع ؟ يجب فى ذلك مراعاة ما يأتى :

١ — مصاريف الدعاوى الخاصة بالاستغلال يلتزم بها المنتفع ( المادة ٦١٣ فرنسى وحكمها عام )

٢ — واذا تعلقت هذه المصاريف بالرقبة تحمل بها صاحبها اى مالك العين

٣ — واذا تعلقت بالاستغلال والرقبة معاً كما اذا رفعت دعوى من الغير يطلب فيها تثبيت ملكيته للعين المتوقع عليهــا حق الانتفاع ، تكفل المنتفع بفوائد المبالغ المنصرفة على الدعوى . والتزم مالك العين بأصل هذه المصاريف

## جـ — فى الجزاء المترتب على مخالفة المنتفع لالتزاماته

---

## فى سقوط حق الانتفاع

## بسبب الارهاق فى الاستغلال

**٢٥٣** — الاصل أن لا يظهر أثر الجزاء عند مخالفة المنتفع للالتزامات المقررة عليــه ، الا وقت حلول الاجل المضروب لانقضاء الانتفاع . أى لا يمكن الحكم على ما اذا كان المنتفع قد قام نحو الشيء محل الانتفاع ، كما يقوم عادة رب الاسرة المعنى بشؤونه نحو ممتلكاته ، من العناية بالصرف عليه والمحافظة على كيانه ، الا اذا

---

(١) Usufruit universel

(٢) à Titre universel

كان ذلك حاصلا وقت رد الشيء الى مالكه . ولكن يحصل أن انتظار وقت الرد مما لا يدخل تحت واجب أخذ الاحتياطات التحفظية التى لا بد منها . لذلك قرر الشارع سقوط الحق [١] عن المنتفع ، أى قرر جزاء خالياً لا يتوقف على حلول الاجل المضروب لانقضاء الانتفاع . وقالت فى ذلك المادة ٢٧/٤٦ مدنى و٦١٨ فرنسى : « ينتهى حق الانتفاع [٢] بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه [٣] أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع [٤] أو باستعماله استعمالا غير جائز » [٥] والعمل غير الجائز هذا أو بعبارة أخرى التعسف فى الاستغلال [٦] أمر متروك للقضاء يرجع فيه للظروف كما اذا اعتاد المنتفع على بيع الزرع قبل حصاده أو قبض الثمرات المدنية قبل حلول آجالها أو استغلال العقار بما يخالف ما أعده المالك وهكذا . ويجوز للقضاء بدلا من الحكم بسقوط الحق أن يحكم بوضع يد مالك العين عليها واستغلالها وصرف الغلة الى المنتفع أو الى خلفائه [٧] حتى ينقضى أجله ( المادة ١٦٨ مدنى فرنسى وحكمها عام ) ويجوز للقضاء أيضاً الزام المنتفع بتقديم ضمانات تكفل ادارته العقار أو تكفله اذا أعوز فى نهاية الانتفاع كأن تلزمه بتقديم مبلغ على سبيل الضمان أو أن تحكم بجعل الاسهم لحاملها أسهماً باسم مالك الرقبة . حتى ولو كان المنتفع معفياً من تقديم كفالة بالعقد المقرر للانتفاع . ولما كان لدائنى المنتفع مصلحة ظاهرة فى أن لاينقضى الانتفاع انقضاء عاجلا قبل أوان حلول أجله فلهم حق التدخل فى الدعوى والعمل على اصلاح ما أفسدته يد المنتفع حتى يستبقوا بذلك مصدراً يرجعون اليه فى تقاضى ديونهم منه ، وهو الانتفاع ( المادة ١٦٨ فرنسى وحكمها عام )

**٢٥٤** — اذا علم ذلك فما هو التعليل القانونى لسقوط حق المنتفع بالانتفاع بسبب التعسف فى الانتفاع ؟ هناك رأيان . رأى يرجع الى أن الالتزامات التى يلزم بها المنتفع هى التزامات شخصية ترتبط بمالك العين . وعلى ذلك يقول أصحاب

---

(١) Déchéance (٢) S'éteint (٣) Renonciation (٤) Perte
(٥) Abus (٦) Abus de juoissance (٧) Ayants-cause

هـذا الرأى استناداً على المادة ١١٨٤ مدنى[1] انه ما دام المنتفع مدين شخصياً لمالك العين وجب فسخ العقد [2] اذا لم يقم المدين بالوفاء بما التزم به باعتبار أن الفسخ نتيجة حتمية للعقود التبادلية . ورأى آخر لا يرى هذا الرأى لانه ان وقع الانتفاع من طريق التعاقد فالامر فيه نادر[3] والغالب ان يقع من طريق الوصية . وعلى ذلك لا محل للاخذ بالمادة ١١٨٤ القاضية بالفسخ الضمنى فى العقود التبادلية. ويقول اصحاب هذا الرأى بأنالتزامات المنتفع ليست التزامات شخصية قبل مالك العين كما كان يقول الرومان لان المنتفع فى الوقت الحاضر لا يلتزم الا بالشىء نفسه ورده عند انقضاء الاجل[4]. وعلى ذلك لا يعتبر الجزاء المقرر بالمادة ٢٧/٤٦ مدنى و٦١٨ جزاء منحصراً فى فسخ العقد، بل جزاء مدنى[5] أى نوع من المؤاخذة المدنية

وما هى الحكمة فى هذا التعليل القانونى لذلك الجزاء، والاخذ بأحد الرأيين؟ الحكمة من ذلك انه اذا فرض ورهن المنتفع حقه فى الانتفاع المتوقع على عقار طبقاً للمادة ٢١١٨ مدنى فرنسى التى تبيح رهن حق الانتفاع رهناً رسمياً والتى قررنا الاخذ بها بمصر كما أيدنا فى ذلك القضاء والفقه المصريان وكما ذكرناه بمكانه ثم تعسف المنتفع فى استغلال العقار بما ترتب عليه سقوط حقه فى الانتفاع . فاذا اخذنا بنظرية الفسخ بالرجوع للمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى لترتب على ذلك زوال حق الانتفاع وزوال ما ترتب عليه بفعل المنتفع أى زوال الرهن ايضاً لزوال العقار المحمل بالرهن ( المادة ٢١٢٥ فرنسى وحكمها عام ) واذا أخذنا على العكس من ذلك بنظرية المؤاخذة المدنية وهى المؤاخذة التى تشوبها شائبة العقوبة الجنائية لبقى الرهن قائماً مع زوال حق الانتفاع، لان الاصل فى العقوبة أن تكون شخصية لا تنصب الا على رأس من أجرم واذنب ولا يتعدى اثرها غيره . وعلى ذلك يظل الرهن قائماً ضماناً لحق الدائن المرتهن . وهذا هو الرأى الراجح والذى نأخذ به وقد أخذ به القضاء البلجيكى[6] وهو يتفق مع العدالة التى تقضى بحماية

(١) والتى لا مثيل لهـا بالقانون المصرى ولـكنها تقرر قاعدة عامة كما اثبتنا ذلك بكتابنا فى لالتزامات . راجع ص ٢١٥ ن ٢٢٩ وما بعدها (٢) Résotution (٣) كابتان ص ٨٢٦
(٤) Propter rem (٥) Penalité civile (٦) كابتان ص ٢٨٦

الغير ويتفق أيضاً مع الاعتبارات التاريخية السابقة عليه

وفوق ذلك فان الشارع المختلط دون الاهلى قرر بالمادة ٤٦ مدنى ما يأتى :

« ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه أوبانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالا غير جائز[1]. هذا مع مراعاة حقوق الدائنين برهن»[2] ومعنى ذلك أن الشارع المختلط رأى انه اذا انقضى حق الانتفاع بسبب تعسف المنتفع فى طريقة الاستغلال وترتب على ذلك سقوط حقه فى الانتفاع فان هذا السقوط لا يؤثر فى شىء ما على حقوق الدائنين المرتهنين للعقار محل الانتفاع رهناً رسمياً . وهـذا يؤكد بان الشارع المختلط اراد الاخذ بنظرية المؤاخذة المدنية لا بنظرية الفسخ

ومما نتساءل فيه الآن ، لماذا لم يقرر الشارع الاهلى بالمادة ٢٧ المقابلة للمادة ٤٦ المختلطة ما قرره الشارع المختلط ؟ وهل يؤخذ من عدم نقل هـذه العبارة « هذا مع مراعاة حقوق الدائنين برهن » ان الشارع الأهلى اراد ان يقرر قاعدة خلاف القاعدة التى قررها الشارع المختلط ؟ أى هل يستفاد من ذلك ان الشارع الاهلى أراد أن يأخذ بنظرية الفسخ دون المؤاخذة المدنية ؟ نظن لا . لانه لو كان ذلك غرض الشارع الاهلى لكان نص بعبارة صريحة على ضرورة الاخذ بنظرية الفسخ، ولما كانت هناك حاجة تدعوه الى التزام الصمت والسكوت فى موقف أفصح فيه الشارع المختلط عن رأيه . انما نفسر نحن هذا السكوت فى أن الشارع المختلط قرر عبارته المذكورة بالمادة ٤٦ أخذاً بالقاعدة التى جرى عليها فى ضرورة حماية الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً فى احوال أخرى مشابهة، كما فعل بالمادة ١٠٧ مدنى حيث حمى الدائن المرتهن حسن النية ، اذا قضى بعدم تملك المدين الراهن وتبين أنه قد مضت مدة خمس سنوات على وضع يد المدين (انظر المواد الاخرى مدنى مختلط ٤٧ ، ٧٨٨ ، ١٧٦ ، ١٩٧ ، ٢٤٢ ، ٣٤٠ ، ٤١٣ ، ٤١٧)[3] فجعل الشارع المختلط

(١) Abus (٢) Créanciers hypothécaires

(٣) الالتزامات ص٢١٧ — ٢١٩ ن ٢٣٢ — ٢٣٣

نفسه متناسقاً مع ما قرره فى مواطن أخرى من ضرورة حماية الدائنين المرتهنين ترويجاً للثقة الرهنية بمصر. ولما جاء الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ ووضع مادته ٢٧ لم يشأ ان ينقل العبارة المذكورة الواردة بالمادة المختلطة والخاصة بحماية الدائنين المرتهنين، لانه جرى على قاعدة عكسية بالنسبة لهؤلاء الآخرين فلم يشأ ان يقرر لهم استثناء شاذاً مخالفاً للاصول القانونية، ذلك الاستثناء الشاذ الذى قرره الشارع المختلط . أى ان عدم نقله للعبارة المذكورة لم يكن آتياً بسبب انه لا يريد الاخذ بنظرية المؤاخذة المدنية بل لانه أراد المحافظة على المبادئ العامة المقررة والقائلة بأن فى عدم تملك المدين الراهن زوالا للرهن المقرر على العقار . ولانه يستحيل أن يقرر الانسان على العقار حقوقاً اكثر مما له من الاصل

## ٩ — فى التزامات المنتفع عند انقضاء حق الانتفاع

**٢٥٥ — أهمها** التزام المنتفع برد الشيء الى مالك العين عند انقضاء الانتفاع . ويختلف هذا الرد باختلاف الشيء نفسه فيما اذا كان الرد واقعاً على الشيء نفسه أو واقعاً على شيء يستهلك بالاستعمال أو على شيء يتعلق بالاستعمال

١) فى رد الشيء نفسه وبالذات [١]: يعتبر المنتفع فى هذه الحالة حائزاً لملك الغير ومديناً بالرد فى آن واحد . وللمالك حق رفع دعوى تثبيت الملكية [٢] وهى دعوى عينية . وله الدعوى الشخصية [٣] المقررة له ضد كل حائز للشيء حيازة عرضية [٤] فى طلب رد الشيء اليه . وتختلف هذه الدعوى عن الدعوى السابقة فى انه لا بد فيها للمدعى من أن يثبت عقد تسليم الشيء الى الحائز ولا يلزم باثبات الملكية كما فى الدعوى الأولى وهو اثبات محفوف عمليا بالمصاعب كما سنرى ذلك فى حينه . والمنتفع يعتبر مديناً بشيء معين [٥] وهو ملتزم برده بالحالة التى أخذه بها وقت ظهور الانتفاع . وتثبت هذه الحالة كما رأينا بمحضر الجرد

(١) Restitution en nature
(٢) Action en revendication
(٣) Action personnelle
(٤) Détenteur précaire
(٥) Corps certain

أو بكشف العقارات عند البدء فى الاستغلال . ونضيف على ذلك انه طبقاً للقواعد العامة المقررة بالمادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى تبرأ ذمة المنتفع بهلاك الشيء بقوة قاهرة أو حادث جبرى كالحريق دون أن يثبت اهمال له فيه . وعليه اثبات الحادث الجبرى فاذا أثبته برئت ذمته [١] لان هلاك الشيء على المالك [٢]

٢ ) **الرد اذا كان الشيء يستعمل بالاستهلاك** : يعتبر المنتفع فى هذه الحالة غير مدين بشيء معين يستهلك لمجرد استعماله [٣] . أى مدينا بما يعادل قيمة ما أخذه . وما دام انه مالك لما أخذه فهلاكه عليه . ويعتبر المنتفع هنا شبه منتفع. [٤] وتقول المادة ٥٨٧ فرنسى بأنه يرد شيئاً من جنس ما أخذه مقداراً [٥] وقدراً [٦] وصفة [٧] أو قيمته [٨] ومما يحصل التساؤل فيه هنا لمن حق الاختيار هذا فى الرد الجنسى ، أو طلب القيمة فقط ؟ تضاربت الآراء . وربما كان أصحها أن ليس الخيار للمنتفع فيما اذا لم تقدر قيمة الاشياء بمحضر الجرد . اذ يجب عليه أن يرد شيئاً من جنس ونوع ما أخذ . أما اذا قدرت القيمة فعليه دفعها باعتبار ان ذلك هو ما كان يقصده طرفا الانتفاع ، مالك الرقبة والمنتفع [٩]

٣ ) **الرد فيما اذا كان الشيء يتلف بالاستعمال** : اذا كان الشيء يتلف بالاستعمال [١٠] مثل منقولات البيت من فرش وغير ذلك فانه يرده كما هو بالحالة التى هو عليه كما رأينا ( المادة ٥٨٩ فرنسى وحكمها عام ) فاذا استحال عليه تقديمه بالذات وجب دفع قيمته بالرجوع الى قيمته وقت الانتفاع مع ملاحظة ما أصابه من التلف بسبب الاستعمال . وتبرأ ذمته اذا ضاع الشيء بقوة قاهرة أو حادث جبرى دون أن ينسب له اهمال ما فيه

---

(١) د ، ٨٧ ، ٢ ، ٣٢١ — س ، ٨٧ ، ١ ، ٤٦٥ ومقال Chavegrin

(٢) الالتزامات ص ٣٠٢ — ٢٠٩ ن ٢١٤ — ٢٢٠

(٣) Consomptible (٤) Quasi-usufruitier (٥) Quantité

(٦) Valeur (٧) Qualité (٨) Esiimation (٩) كابتان ص ٨٢٨

(١٠) Se déteriorer

## ١٠ — فيما يجريه المنتفع من التحسينات

**٢٥٦** — اذا قام المنتفع بتحسينات للشيء محل الانتفاع بمصاريف من ماله وترتبت عليها زيادة فى قيمة الشيء فهل له حق الرجوع بقيمة هـذه الزيادة على مالك العين ؟ اذا نظرنا الى ذلك من وجهة العدالة أولا ووجهة القانون ثانياً فى أنه لا يجوز الاثراء على حساب الغير بلا سبب لرأينـا أن له الحق فى الرجوع . ولـكن القانون الفرنسى قرر بالمادة ٥٩٩ فقره ٢ مايأتى : « . . . . وليس للمنتفع فى نهاية الانتفـاع الحق بالمطالبة بأى تعويض ما [١] فى مقابل التحسينات [٢] التى يدعى حصولها من جانبه حتى ولو ترتبت عنها زيادة فى قيمة الشيء» . ولاى سبب قرر الشارع الفرنسى هذه القاعدة مع أنها متعارضة مع العدالة والمبادئ وأنه يترتب عليها أن لا يعمـل المنتفع على ما فيه تحسين حال الشيء بما يمكن أن يجريه من الاصلاحات المفيـدة والتى تزيد فى قيمته ؟ السبب فى ذلك ما قرره قانونيو الفرنسيس قبل وضع قانونهم سنة ١٨٠٤. اذ قال بوتييه بأن هناك صعوبة فى تقدير هـذه الزيادة الحاصلة فى القيمة . وهو سبب غير وجيه لان صعوبة التقدير لا تؤثر على الحق لا فى جوهره ولا فى أثره . وربما كان السبب الوجيه فى تقرير هـذه القاعدة الشاذة أنه لا يجوز أن يترك مجال التحسين فسيحاً أمام المنتفع فيعمل على تحسين الشيء محل الانتفاع بما يترتب عليه زيادة فى نفعه من زيادة ايراده وريعه ، وربما لا يكون لمالك العين حاجة فى ذلك فيترتب على هذه المصاريف ضرورة مطالبة هذا الاخير بما لا يحتمله ماله . وليس المنتفع بمكره على التحسين اذ يستطيع الانتفاع بالشيء كما هو بحالته التى كان عليه وقت البدء فى الانتفاع . وربما كان ذلك هو السبب فى تلك التفرقة التى قلنا بها بين نوعى التحسينات العادية والتحسينات غير العادية وهى هـذه الاخيرة التى يحمل بها

(١) Indemnité (٢) Améliorations

مالك العين . فاذا أجراها المنتفع عاد على المالك بما زاد فى قيمة الشيء بسببها [1]

على أنا نرى نحن أن التعليل القانونى الصحيح للمادة ٥٩٩ فقرة ٢ مدنى فرنسى من عدم التجويز للمنتفع بالرجوع على مالك العين بمقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب التحسينات التى أجراها، هو غير ما قرره «بوتييه» والقضاء الفرنسى و«كولين» مع زميله «كابتان»، . وما نقول به تعليل قانونى مصدره القانون ، لا ذلك التعليل الذى قالوا به وهو لا يرجع للقانون انما يرجع لوقائع الحال . نقول ان العلة فى ذلك أنه لا يصح الاخذ هنا بنظرية الاثراء على حساب الغير بلا مقابل [2] ولا مايتفرع عنها من دعوى المطالبة بمقابل المنفعة [3] لانه اذا سبق الاثراء عمل قانونى باعتباره سبباً له فلا محل للمطالبة بتعويض ما . كما اذا حسن المستأجر الارض فلا يجوز له مطالبة المؤجر بقيمة زيادة قدر العقار لان السبب فى الزيادة هو عقد الايجار أى عمل قانونى سابق عليه . ولما كان عقد الانتفاع هو العمل القانونى الذى سبق التحسين فلا محل حينئذ للمنتفع بالمطالبة بمقابل ما زاد فى قيمة الشيء عند رده لصاحبه فى نهاية الانتفاع . وهذا هو نفس ما قلناه بنظرية الالتزامات العامة تماماً [4] . ومن غريب أمر «كابتان» أن يستشهد فى هذا المقام بالمادة ٥٩٩ مدنى المذكورة وهى الخاصة بما نحن بصدده ، يستشهد بها فى نظرية دعوى المطالبة بمقابل المنفعة ( بالجزء الثانى ص ٤٢٠ من كتابه ) ثم يفوته أن يراعى هنا ذلك فى هذا الموطن ، موطن نظرية حق الانتفاع ، لما سبق أن قاله هنا فى موطن آخر

هذا وقد أباحت المادة ٥٩٩ فقرة ٣ للمنتفع أن يأخذ ما أحدثه من الزينات بالمحل على شرط رد المحل الى ما كان عليه كالمرايا والصور وغير ذلك

ولا يفوتنا القول هنا بأنه اذا حصلت تحسينات من جهة وتلف للشيء من

---

(١) د ١٩١١ ، ١ ، ٤٥٧ — س ٩١٣ ، ١ ، ٩٢ — كولين وكابتان ج ١ ص ٨٢٨

(٢) Enrichissement sans cause (٣) Action de in rem verso

(٤) راجع كتابنا فى الالتزامات ص ٦٥٦ ن ٧٠٧ وما بعدها

جهة أخرى وجب أن يتقاص التلف مع التحسينات

وأما بالنسبة للمفروشات والمبانى التى يجريها المنتفع بالعقار محل الانتفاع فلا يصح اجراؤها الا برضاء المالك . وفى ذلك تقول المادة ٢٦/ ٤٥ مدنى وليس لها مقابل فى القانون الفرنسى ما يأتى : « لايجوز للمنتفع أن يبنى بناء [1] أو يغرس غراساً [2] بدون رضاء المالك وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو باقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين » ويثبت الرضا حينئذ اما بالكتابة أو الاقرار أو النكول عن اليمين عند توجيهه من المنتفع الى المالك . فاذا حصل الرضاء باحدى هذه الصور الثلاثة وجب على المالك دفع قيمة مازاد فى قيمة العقار . وأما اذا لم يحصل وجب الرجوع حينئذ الى القواعد المقررة فى الالتصاق باعتبار أنه بنى بسوء نية بخلاف ما اذا تصرح له فيعتبر بانياً بحسن نية . وسترى ذلك تفصيلا عند ما نتكلم على الالتصاق [4]

## ١١ — فى انقضاء حق الانتفاع

**٢٥٧** — ينقضى حق الانتفاع بما يأتى : (١) حلول الاجل المضروب لانقضائه — (٢) ضياع الشىء أو تلفه بجعله غير صالح فى أداء الفائدة المرجوة منه — (٣) التعسف فى الاستغلال (وقد وردت هذه الاحوال الثلاثة بالمادة ٢٨/٤٦ مدنى اذ نصت على ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالا غير جائز ») وقد سبق لنا أن رأينا أن انقضاء الانتفاع جزاء تأديبى للمنتفع . وهذا الجزاء نافذ عليه وحده لايتعدى أثره أى أحد غيره ممن يكون قد اكتسب حقاً على محل الانتفاع . فاذا كان لدائن حق رهن رسمى منصب على حق الانتفاع (باعتبار حق الانتفاع حقاً عينياً قابلا للرهن الرسمى كما قررنا)

---

(١) Çonstructions (٢) Plantations (٣) Accession

(٤) كابتان ص ٨٢٩— دى هاس ج ٤ ص ٣٦٧ ن ٥٤ وج ١ ص٣٥ ن٦٤ ومابعدها

وتسجل الرهن فلا ينفذ حكم ابطال الانتفاع على الدائن . وهـذه قاعدة عامة ذكرناها عند ما تكلمنا على التكييف القانونى لزوال حق الانتفاع بسبب الارهاق فى الاستغلال . اذ قلنا انه لا يعتبر فسخاً للعقد [١] بل هو مؤاخذة مدنية [٢] . على أن القانون المختلط قد احتاط أكثر فذكر بالمادة ٤٦ مدنى منه جملة جاءت زيادة عن المادة ٢٧ مدنى أهلى وهى أن انقضاء الانتفاع بسبب الارهاق فى الاستغلال لا يمس حقوق الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً . وما كان الشارع المختلط فى حاجة الى هذا النص . ولكن وروده يؤيد على كل حال ما قلناه بشأن التكييف القانونى أو المسوغ القانونى لانقضاء الانتفاع بسبب سوء الاستعمال والتعسف فى الاستغلال — ( ٤ ) عدم قيام المنتفع بالوفاء بما قيد به حقه ( المادة ٢٨/٤٧ مدنى اذ نصت على ما يأتى : « يجوز ابطال حق الانتفاع اذا لم يقم المنتفع بالشروط المقررة عليه » ) — ( ٥ ) بالتقادم العادى ( وتقول فى ذلك المادة ٢٩/٥٠ ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال [٣] مدة خمسة عشر سنة » ) [٤] وما دام انه تقادم فيأخذ احكامه من حيث القطع والايقاف . فاذا كان المنتفع قاصراً أوقف التقادم أخذاً بالمواد ٨٣/١١٢ مدنى و٨٤/١١٣ مدنى

هذا وبمقارنة المادة ٢٩ أهلى بالمادة ٥٠ مختلط الموضوعة سنة ١٨٧٥ نرى أن هذا النص الاخير قد أضاف زيادة عن النص الاهلى ما يأتى : « . . . ومن له حق الانتفاع فى أرض خراجية [٥] أو أبعادية يسقط حقه فى الانتفاع اذا ترك الارض بدون زراعة مدة خمس سنوات، وتشهر فى المزاد بالتطبيق للوائح » . وهذه الزيادة لم ترد بالنص الاهلى الموضوع سنة ١٨٨٣ مع أن المادة ٦ منه لم تتعدل الا سنة ١٨٩٦ بشأن توحيد الاراضى المصرية فى جعلها كلها مملوكة ملكا حراً للاهالى . ولم يشمل هذا التعديل المادة ٢١ مختلط المقابلة لها مع أن القضاء أخذ بالتعديل

---

(١) Résolution (٢) Pénalité civile (٣) Non usage

(٤) وبمضى المدة يزول حق الانتفاع وتصبح الملكية لدى صاحب الرقبة كاملة غير منتقصة . وليس من اللازم هنا أن نأخذ بنظرية التقادم فى أن الحق لا يزول بالتقادم الا اذا ترتب للغير حق اذ لا يسرى ذلك الا على الملكية فقط

(٥) Terres tributaires

عملا . على أن هذه الزيادة انما كانت ترجع الى ما كان معروفاً فى اللوائح الخاصة بالاراضى قبل سن القانون المختلط وعلى الاخص اللائحة السعيدية الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ . ويظهر لنا أن الشارع الاهلى لم يشأ الاخذ بها سنة ١٨٨٣ لانه قد لاحظ كما لاحظنا ذلك فى مكانه أن الاراضى الخراجية قد قلت مساحتها وانه قد آن ابطال هذا النوع من التملك ،ذلك الابطال الذى لم يحصل بعد الا فى سنة ١٨٩٦ — (٦) موت المنتفع (المادة ١٦/٣٣ مدنى) . والاصل أن الانتفاع مؤقت لا مؤبد . وهو مؤقت فيما بين الافراد . ومؤبد بين الافراد والحكومة ، اذ تقول المادة ١٥/٣١ مدنى ولا مثيل لها بالقانون الفرنسى ما يأتى : « ويصح أن يكون مؤقتاً ومؤبداً انما يكون بين آحاد الناس الا مؤقتاً » وغرض الشارع من الانتفـاع المؤبد هو ذلك الانتفاع الذى كان مقرراً للافراد على الاراضى الخراجية مملوكة الرقبة للحكومة . وهو مانصت عليه المادة ٥٣ مدنى مختلط (ولا مثيل لهـا بالقانون الاهلى ) اذ قالت ما يأتى : « يجوز أن يكون حق الانتفاع بالاراضى الخراجيـة مؤبداً متى قررته الحكومة بمقتضى اللوائح » . وقرر هذا القانون المختلط ايضاً بالمادة ٣٦ ( ولا مثيل لها بالقانون الأهلى ) « وفى هـذه الحالة يسوغ اسقاط الانتفاع [١] أو بعضه ورهنه [٢] من المنتفع لغيره» . وهذه القاعدة تسرى حتما على القانون الاهلى كما تسرى المادة ٣٥ قبلها . وانكانت هذه المادة ٣٦ انما تتصل بالمادة ٣٥ وأنه يفهم من اتصالهما معاً بأن رهن حق الانتفاع لا يجوز الا اذا كان مؤبداً بين الحكومة والافراد ، الا أن هذا التفسـير لم يرج أمام القضاء ، اذ تقرر كما رأينا جواز رهن حق الانتفاع المؤقت أخـذاً بالقانون الفرنسى بالمادة ٢١١٨ [٣] أما وقد أصبحت الاراضى كلها مملوكة للافراد فلا محل للقول بالانتفاع المؤبد ، الا ما استثنى بالمادة ١٧/ ٣٤ فيما يتعلق بالايصاء بالمنفعة لمحل خيرى تابع لوزارة الاوقاف ، أو لشخص ولورثته من بعـده . أما القانون الفرنسى فانه اشار بالمادة ٦١٩ بما يستفاد منها الانتفاع لشخص معنوى لا تزيد

(١) Cède (٢) Hypothèque (٣) دى هلس ج ٤ ص ٣٤٨ ن ٢

مدته عن ٣٠ سنة ، وهي مدة التقادم بهذا القانون وهي مادة خاصة بالقانون الفرنسي لا يمكن الاخذ بها عندنا أمام اباحةالانتفاع الدائم بالطريقة المبينة بالمادة ٣٤/١٧ مدني والمادة ١٨ /٣٧ مدني ايضاً . — ٧ ) ترك الانتفاع فيما اذا تخلى المنتفع عن الشيء وذهب لحال سبيله . وهو ليس حراً في الترك اذا أبى عليه ذلك دائنوه فخالوا دونه بما هو مقرر لهم من الدعاوى ضده . على انه لو حصل الترك فليس له أثر ما على الحقوق المكتسبة للغير على الشيء محل الانتفاع . — ٨ ) تلاقي حق الانتفاع والرقبة في شخص واحد[1] كما اذا كان المنتفع وارثاً لمالك الرقبة

## ٤ — في حقي الاستعمال والسكنى

**٢٥٨** — حق الاستعمال [2] وحق السكنى [3] كلاهما نوع مصغر لحق الانتفاع . ولم يخرج حق السكنى ايضاً عن كونه هو الآخر شكلا من اشكال حق الاستعمال. هذا ولا بد من ملاحظة أن حق الاستعمال اما أن يكون شكلا من اشكال الانتفاع ( أي حقا ارتفاقياً شخصياً اذا أخذنا بالوصف القديم له) واما أن يكون حقاً ارتفاقياً عينياً . فيكون كحق الارتفاق الشخصي اذا تقرر في مصلحة شخص معين كان يوصي الموصي لزيد بحق استعمال داره الكائنة بجهة كذا . ويكون ارتفاقياً عينياً اذا كان الغرض من تقريره مصلحة عقار معين ومنفعته. وفي هذه الحالة يكون الاستعمال محدداً ومعيناً . كأن يوصي الموصي بأن الارض الموجودة بناحية كذا تأخذ سباخها من الارض المجاورة لها والمملوكة له ايضاً

وورد بالقانون المصري مادة واحدة لهذين الحقين وهي المادة ١٤/٣٠ مدني، وبمرشد الحيران المواد ٢٤ — ٢٧ . وورد بالقانون الفرنسي المواد ٦٢٥ — ٦٣٥ وانصرفت الى حق السكنى. وأما حق الاستعمال فانه يخضع لاحكام الارتفاق اذا نظر اليه باعتباره ارتفاقاً عينياً

---

Dr. d'habitation (٣) Dr. d'usage (٢) Consolidation (١)

**فى مرمى الحقين وفى قوتهما** . ضيق الرومان من قوة حق الاستعمال بما هو معلوم عنهم . ولقد رأينا أن للملكية ثلاثة أركان حق الاستعمال (١) وحق الاستغلال (٢) وحق التصرف (٣) . وكان حق الاستعمال (٤) شطراً من الملكية يشمل ذلك الحق الآخر (٥) أى حق استخدام الشىء دون جنى أى ثمرة منه . فاذا تقرر على أرض أباح حق التنزه فيها وحق الصيد لاحق الزرع بها . واذا تقرر على مواش أباح استخدامها فى تسبيخ الارض لافى تملك نتاجهاوألبانها وأصوافها واذا تقرر على عبد انصرف الى تشغيله للمنتفع دون تأجيره للغير

هذا التضييق فى معنى الاستعمال هو مايفهم الآن عن حق السكنى تقريباً اذ لايخرج حق السكنى عن الاباحة لصاحبه بغير الاقامة فىالدار مع أسرته . فان تقرر له الحق بالوقف فله أن يسكن الدار مدة حياته بأهله وحشمه وخدمه وله أن يسكنها غيره بغير عوض ولو أجنبياً ( المادة ٢٤ من مرشد الحيران ) وهو ممنوع من اسكان الاجنبى بعوض لان فيه بدل وقد ملك المنفعة هو بلا بدل (٦) وان كان الحق مقرراً بالوصية فله حق السكنى فقط دون اسكان الغير ( المادة ٢٥ من مرشد الحيران ) (٧) ويقول القانون الفرنسى بعدم التجويز مطلقا بالتنازل عن هذين الحقين أو التأجير ما دام ان كل حق شخصى محض ( المواد ٦٣١ و٦٣٣ ) (٨) ويقضى القانون الفرنسى أيضاً بأن لا يزيد حق السكنى عن القدر اللازم للأسرة ( المادة ٦٣٢ فرنسى )

أما حق الاستعمال فهو أوسع نطاقا . وقرر الرومان بأن لصاحب هذا الحق أن يستثمر الشىء محل الاستعمال لقضاء حاجاته هو وذلك باعتبارأنغرض الموصى كان ينصرف الى ذلك فى وصيته . أما حق الاستعمال فى الوقت الحاضر فلهميزتان أولا . أنه لايبيح لصاحبه حق استخدام الشىء (٩) بلا قيد بل هو مقيد بحد

---

(١) Jus utendi (٢) Jus fruendi (٣) Jus abutendi
(٤) Dr. d'usage (٥) المسمى Jus utendi (٦) شرح مرشد الحيران ص٢٣
(٧) شرح مرشد الحيران ص ١٩ — ٢٢ (٨) كابتان ص ٨٣٢
(٩) Jus utendi

حاجاته فقط [١] . ثانياً . قد يبيح لصاحبه [٢] حق الاستثمار [٣] بالقدر اللازم له ( المادة ٦٣٠ فرنسى ) . أى أن حق الاستعمال حق استثمار مقيد . فاذا ورد القيد بعقد تقريره أخذ به . والارجع فيه الى حد الضرورة لصاحبه [٤] . وفى ذلك تقول المادة ١٤/٣٠ مدنى ما يأتى : « ويجوز أن يكون الحق المذكور ( أى حق الانتفاع ) أقل مما ذكر على حسب شرط الاتفاق أو شرط التبرع الذى ترتب عليه وجود ذلك كأن يكون قاصراً على مجرد حق الاستعمال الشخصى [٥] أو حق السكنى »

**فى خواص هذين الحقين** : الاصل انهما خاضعان لقواعد الانتفاع فى التقرير والانقضاء لانهما نوع منه [٦] ماعدا ما يتعلق بالانتفاع القانونى ( بفرنسا ) الذى يقرره القانون بالذات حيث لا يوجد حق السكنى وحق الاستعمال بحكم القانون . ويجب على صاحبى حق الاستعمال والسكنى أن يسيرا فى حقهما سير رب الاسرة المعنى بشؤونه [٧] ( المادة ٦٢٧ فرنسى ) ويقضى القانون الفرنسى بالزامهما بكفالة وتحرير محضر جرد ( المادة ٦٢٦ ) وتكليفهما بالمصاريف اللازمة لحفظ الشىء وتكاليفه ( المادة ٦٣٥ )

أما خواص هذين الحقين فهى :

١ ) هل لصاحب حق الاستعمال أن يطلب وضع يده على العقار كما يجوز ذلك للمنتفع ؟ أو لايجوز له فقط سوى حق مطالبة المالك بدفع نصيبه فى الثمرة فى أوقات جنيها وتحصيلها ؟ اختلفت الآراء بالرجوع لعبارة المادة ٦٣٠ فرنسى . والأصح أن يقال بأن له حق وضع يده مادام أن حق الاستعمال لم يخرج فى حقيقته عن كونه صورة من الانتفاع . أما حق السكنى فهو لا يتحقق كما قررنا الا بأن

---

(١) د ، ٩٨ ، ٢ ، ٤٢٨ — دى هلس ج ٤ ص ٣٨٢ ن ١٠٢

(٢) Usager (٣) Jus fruendi (٤) كابتان ص ٨٣٠

(٥) Droit d'usage personnel (٦) كابتان ص ٨٣٠

(٧) En bon père de famille

يسكن صاحب الحق بنفسه مع أسرته ، أو أن يسكن غيره ان كان وقفاً وعلى شرط أن لا يكون بأجر كما رأينا

٢ ) هل يقدر نصيب صاحب حق الاستعمال اذا كان الحق مقرراً بقدر حاجاته فقط ، بالرجوع الى قيمة الثمرة قبل خصم مصاريفها [١] أو يجب التقدير بعد خصم المصاريف [٢] . قيل بالرأيين واتفقت الآراء اخيراً على الاول دون الثانى لانه يتفق مع ما هو مقرر فى أن صاحب حق الاستعمال ملزم هو الآخر بنصيبه فى مصاريف الانتفاع [٣] ( المادة ٦٣٥ فرنسى ) [٤]

ويسقط حق الاستعمال وحق السكنى باعتبارهما حق انتفاع بمضى الزمن العادى المقرر لسقوط المدة وهى ١٥ سنة

---

## ٥ ) فى الحقوق المشابهة لحق الانتفاع

### ا — فى الوقف

### ١ — فى أصل الوقف وكيانه ومرماه

### وفى تفسير المواد ١٧ / ٣٤ ١٨/٣٧ و ٥٤ / ٧٧ مدنى

**٢٥٩** — علمنا أن الشارع المصرى قرر نظرية الانتفاع ورتب لها أحكامها بالقانون المدنى . وهذه النظرية مقررة بالشريعة الاسلامية كما رأينا ولم يفض فيها فقهاء الشريعة كما أفاضوا فى غيرها مما يتشابه معها . وأهم الحقوق التى تتشابه مع حق الانتفاع هو الوقف ونعلم مبلغ ما أفاضوا فيه من مختلف الاحكام وغزارة القواعد . وربما أفاضوا فيه هذه الافاضة لانه هو الغالب بخلاف الانتفاع فانه نادر . على أن التشابه بين الانتفاع والوقف عظيم ، ذلك التشابه الذى كان من

(١) Produit brut (٢) Produit net (٣) Dépenses usufructuaires

(٤) د ، ١٩٠١ ، ١ ، ٢٦٨ — س ، ١ ، ٣٢٧ ومقال Ferron — كابتان ص ٨٣١

شأنه أن يجعل الشارع المصرى يقول به نفسه فى معرض القول عن الوقف فيما يتماس فيه مع حق الانتفاع وكما ذكر ذلك بالمواد ٧/٢٣ و ١٧/ ٣٤ و١٨/ ٣٥ مدنى اذ عبر عن الوقف بكلمة الانتفاع مع أن هذا التعبير ربما كان غير صحيح من بعض الوجوه [1] من حيث أن حق المستحق [2] حق شخصى لا عينى فى الوقف ، وعينى لا شخصى فى الانتفاع ، الامر الذى يترتب عليه عدم جواز رهن الوقف[3] وجواز الرهن فى الانتفاع سواء كان الرهن رهناً عقارياً حيازياً أو رهناً رسمياً [4] وهو هذا الاخير الذى لم يعرفه فقهاء الاسلام . ومن حيث أيضاً فى أن للمنتفع حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد فى حماية حقه من عبث العابثين وتعرض المتعرضين . بخلاف الوقف فانه فى نظر القضاء المصرى شخص معنوى يمثله ناظره تمثيلا شرعياً صحيحاً تجب مخاصمته فى كل ما يتعلق بالنظارة فقط . وأما ما يتعلق بجوهر الوقف من حيث انشائه وما يعترض وجوده من حيث منازعة الغير له منازعة عينية منصبة على الاعيان الموقوفة بالذات فلا تجوز مخاصمة الناظر بل يجب مخاصمة المستحقين أنفسهم[5] . وقرر هـذا الحكم الهام المبدأ الآتى : « لا يملك ناظر الوقف الا ادارة الوقف فقط ولا يصح رفع دعوى عليه فيما يمس بالوقف نفسه مثل الطعن بصدور الوقفية فى مرض موت الواقف بل يجب اختصام المستحقين لان الناظر غير قائم مقامهم وليس وكيلا عنهم ولا يحل محلهم فى المنازعات الخارجة عن نظارته — والمادة ٤٧٤ من كتاب العدل والانصاف فصل أول وغيره لا تخالف مطلقاً هذه المبادئ بل توجب رفع الدعاوى الصادرة من الوقف أو الموجهـة اليه على القيم أو منه سواء تعلقت الدعوى بعين الوقف أو بغلته . وقد جاء بعد ذلك فى المواد التالية لهـذه المادة ما يدل على أن القيم

---

(١) دى هلس ج ٤ ص ٣٨٧ — ٣٨٩ ن ٧

(٢) Bénéficiaire أو Dévoluaire أو Coparticipant

(٣) Gage immobilier (٤) Hypothèque

(٥) إستئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٨ ح ٢٣ ص ٣٢٧ — عياشي ص ٤٣٣ ن ١٩٦٧

ليس له الا ادارة الاعيان فقط . وكل عمل يكون من شأنه اضرار المستحقين لا يسرى عليهم » ولكن ربما كان الشبه صحيحاً من بعض الوجوه الاخرى من حيث أن الحق في الاثنين منصب على الثمرة لا على الرقبة ، باعتبار أن الرقبة في الانتفاع مملوكة لشخص معين ، وأما في الوقف فليست مملوكة لاحد . ومن حيث جواز الاخذ بعقد الاجارتين والغاروقة المنوه عنهما بالمادة ١٨ / ٣٧ مدنى بالفقرة الاخيرة في حالة معينة من حالات الوقف المنوه عنه بالقانون العثمانى الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ( ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ ) وهو خلاف القانون الصادر في التاريخ نفسه يوماً وشهراً وسنة والخاص بتمليك الاجانب بالامبراطورية العثمانية وما اتصل بها من الملحقات ، الحقوق العينية العقارية . اذ أجاز هذا القانون العثمانى ، كما أجازته أيضاً المادة ١٨ / ٣٧ مدنى بالفقرة الاخيرة، عقد الاجارتين ، وأجازت المادة الاخيرة عقد الغاروقة. وفي هذا التجويز لهذين العقدين، الاجارتين والغاروقة ، شبه ظاهر بين الوقف في أنه حق شخصى كما قلنا ، وبين الانتفاع ، مع أنه حق عينى كما قررنا . وربما كان وجه الشبه أحكم بين الانتفاع والوقف فيما اذا نازع الغير ناظر الوقف في حق عينى يتعلق بعين الوقف ، اذ لا تصح مخاصمة الناظر هنا كما رأينا بل يجب مخاصمة المستحقين بالذات . أليس لان حق المستحقين ولو أنه منصب على حق الاستثمار[1] بالواسطة ( أى بواسطة الناظر ) الا أنه حق متصل بالعين يزول بزوالها ويهدد بما يحفها من المخاوف والمخاطر ، فكأنه انصب على العين بالذات لا على الثمرة فقط ؟

وليس الوقف هو وحده ما يتشابه مع الانتفاع ، بل هناك الحكر والاجارتين والغاروقة والخلو ، ما يتشابه أيضاً معه . ولذا لا نرى بداً من أن نأتى هنا بلمحة وجيزة عن كل حق ، ما عدا الغاروقة فلها قول خاص بها بمكانها . وبعد أن ننتهى من بيان ذلك كله نشرح ما غمض من المادتين ١٧ و ١٨ / ٥٤ مدنى على ضوء ما سنوضحه حالا

---

(١) Jus fruendi

أما الوقف والحكر والخلو والاجارتين فهى من أوضاع الشريعة الاسلامية وما قرره فيها فقهاؤها . ولم يرتب الشارع المصرى بقوانينه المجموعة [1] أحكاماً خاصة بهذه الحقوق . ولذا رجع القضاء المصرى الاهلى والمختلط فى تقرير أصولها الى كتاب الوقف لقدرى باشا وهو ما قرره فقهاء الاسلام من زمن طويل . وقد فاضت المجموعات القضائية العملية بأحكام عدة صدرت فى الوقف فى جميع مسائله . وكنا نلاحظ أن هذا القضاء كان يتردد أحياناً فى تقدير الاصول المدنية المقررة بعلم القانون فى الوقت الحاضر والتى يكون لها بعض المساس بالاصول القديمة التى قررها فقهاء الاسلام فى أزمان لم يكن التطور الاقتصادى والعمرانى الحاضر معروفاً لديهم . اذ رأينا ترددا فى القضاء من حيث تعيين حارس قضائى على الوقف اذا ساءت ادارة الناظر وحتى يفصل فى أمر عزله أمام القضاء الشرعى، وترددا فى تقرير أحكام التقادم المقررة بالقانون المدنى الحاضر على أعيان الوقف . وبينما هذا التردد قائم فى مذاهب القضاء فان طائفة عظيمة من أحكامه قد أجمعت القول على ضرورة الاخذ بالمبادئ القانونية الحاضرة فيما لم يرد له حكم بكتب الفقه كسقوط حق المستحق بمطالبة ناظر الوقف وسقوط حق الناظر بمطالبة المدين للوقف ، اذ قررت مدة التقادم فيها المدة العادية المعروفة الآن، وهكذا الى غير ذلك من المسائل المختلفة

وانا نود لو أن القضاء يعمل فى قضائه بروح الضرورات العصرية الحاضرة وفيما أثبته الزمن والعمل . على ان نظام الوقف ربما لا يتفق كثيراً فى مسائل عديدة منه مع هذا النظام العصرى الذى امتاز عن الازمنة السابقة بتحرير العقارات من قيود تقف بها سنين عديدة لا تعمل فيها غير معاول التخريب والتدمير ، بينما العقارات المطلقة المحررة انما ينطلق بها اصحابها فى ميادين الاستغلال والتصرف على اختلاف انواعه . وبديهى ان الحركة الاقتصادية العامة لا تنمو الا فى جو حر أو حر مع قيود مقبولة ومشروعة لحفظ كيانه. أما وقد طوقت اعناق العقارات

---

(1) Codes

باغلال من حديد فانها تعيق سير الحركة الاقتصادية العامة ، بما ينشأ عنه اضطراب في المعاملات . وربما كان في ذلك خطر يهدد المجموع اذا تفاقمت حاله .

هذا وقد لاحظنا من طريق العمل أن جمهور المستحقين يتواكلون على ما يصيبونه من غلة الوقف فلا يكدون ولا يعملون في ميادين الحياة ومجالات العمل ، وهم على تلك الحال شبه عالة على المجموع ولا يفكرون الا فيما يشتهونه وينعمون به. وقد لوحظ من تكرار المشاهدة ودوام الاستقراء انهم في نزاع مستمر مع الناظر أمام القضاء ، ويد الناظر يد في الغالب عارضة ليس لها من مصلحة في العين الا بقدر ماترجوه من أجر النظارة . وكأن المستحقين وهم على تلك الحال وقد ألحقوا بجماعة القصر ومفقودي الاهلية لا يعيشون الا ليأكلوا . ويد القوام الاوصياء ليست بيد المالك الشفوق بما كه يرعاه كما يرعى ولده ، بل هي يد استغلال لا لنفسه بل لغيره . ومن الندر القليل أن لا يصاب فريق المستحقين مع طول الزمن وعدم العمل بما تجمد معه القرائح والملكات البشرية فينزلون عما أعدوا له باعتبارهم من من نوع الانسان . وهذه حال ان ساءت من الوجهة الاقتصادية المادية فهي قد ساءت كثيراً وتسوء أكثر من الوجهة النفسانية والاخلاقية

لذا نرحب بما انتحاه القضاء المصري في مسائل الوقف (وفي غيره من المواريث والهبة والمهر المنوه عن ذلك كله بالمادة ٥٤/٧٧ مدني ) من تقرير اختصاصه في اكثر احواله وأحكامه ، اذ أخذ يعمل على التضييق من نطاق المادة ١٢/١٦ من لائحتي انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة بأصل الوقف[1] حتى جعل مجال العمل في هذا النوع أمام القضاء الشرعي ضعيفاً يكاد لا يبقى فيه أثر يذكر . وكلما بسط القضاء مبادئه القانونية على الوقف كلما تحرر هذا على ما نظن من بعض المسائل الدقيقة التي لم تراع فيها الاعتبارات والضرورات العصرية . وربما تدخل الشارع نفسه فيما خيف منه على مصلحة المجاميع

---

(1) Constitution de Wakf

وهانحن أولاء نذكر لكل حق طرفاً نأتى فيه على موجز القول مع شيء من بيان كيانه وانشائه. ومع بيان أثر القانون المدنى فيه

ب — الوقف من حيث القضاء الاهلى والمختلط

**٢٦٠** — لا نريد هنا أن نشرح الوقف كما هو وارد بكتب الشرع انما نريد الوقوف على مبلغ ما قرره القضاء المصرى فيما يتعلق بالوقف وكيف كان يقرر بعض المسائل الشرعية وكيفية التوفيق بينها وبين الاصول القانونية المقررة فى القوانين المجموعة ولا نأتى هنا الا بالقدر اللازم الهام[١]

**٢٦١** — *انشاء الوقف وشرائط صحته وكيفية اثباته* : يحصل الوقف باشهاد شرعى وهو حجة الوقف أمام القاضى الشرعي. ويستوى فى ذلك المصرى والاجنبى المقيم بمصر[٢]. وتسجل فى سجلات المحكمة الشرعية الكائنة بدائرة الاطيان ولا تسجل فى المحاكم المختلطة . وعلى ذلك يعتبر تسجيلها بالمحاكم الشرعيـة حجة على الكافة مصريين واجانب . ولا يجوز لاى موثق آخر أوأى جهة أخرى تحرير الحجة الشرعية فالمجلس الملى القبطى ممنوع من ذلك[٣]. وان صدرت حجة الوقف خارج مصر وجب تسجيلها بمصر بالمحاكم الشرعية[٤] والتسجيل غير لازم بالنسبة للواقف ولازم بالنسبة للغير [٥] ولا يعتبر التسجيل حجة على الغير الا من وقت حصوله[٦]

(١) ومن أراد الاستفاضة فليعالجها بكتاب قدرى باشا وشرح الوقف للشيخ زيد بك وقضاء الوقف لعزيز خانكى بك عربى لغاية سـنة ١٩٠٨ وفرنسى سـنة ١٩١٤ والمجموعة الرسمية ومجموعة جمال وحمدى السيد وعياشى والجداول العشرية الثلاثة المختلطة التى نرمز لها هنا عادة برمز ج ع ١ و ٢ و ٣

(٢) وفيما يتعلق بما اذا كان للاجنبى أن يوقف أم لا انظر مقال F Laloë بمجلة مصر المدنية المجلد الاول سنة ١٩١٠ ص ٥٨٥ — ٦٢٩

(٣) مجموعة عياشى ص ٤١١ ن ١٨٥٤ (٤) المجموعة السابعة ن ١٨٥٥

(٥) ن ١٨٥٦ (٦) وعلى ذلك لا يعتبر الوقف حجة على الدائن المرتهن رهنا عقاريا غير حيازى Créancier hypothécaire اذا قيد رهنه قبل تسجيل حجة الوقف . وكذلك

ويرجع فى تفسير الوقفية الى نية الواقف[١] والزيادة التى تظهر بأرض الوقف ملك لمن وضع يده عليها أقر بذلك الناظر أم لم يقر[٢] واذا وضع الوقف اليد عليها ملكت له[٣] واذا أوقف مالك حصته فى بناء على الشيوع قائم على أرض محكرة وهدم البناء وأقام الشركاء الآخرون وحدهم بناء مكانه ، زال حق الوقف بزوال مادته[٤] والناظر ملزم بتقديم حجة الوقف لمعرفة شروطها فاذا ادعى مستحق بأن الوقف اهلى وادعى الناظر العكس ألزم الناظر بالاثبات[٥] والمساجد والاضرحة وأراضيها وقف بطبيعتها والمنشئ لها متبرع بها. فلا يتملكها أحد مهما طال وضع يده عليها[٦] ولا يملك المتبرع بها التعامل فيها بأى نوع ما كالهبة[٧] والاضرحة تابعة لوزارة الاوقاف وليست من المنافع العمومية[٨]

**٢٦٢ — اثبات النظارة وأهلية الناظر وولايته العامة والخاصة :** تثبت النظارة بحجة الوقف أو باعلام شرعى حتى ولو كان اجنبياً غير مطعون فيه[٩] واذا تزاحم ناظران ناظر الوقف وناظر القاضى فضل الاول[١٠] الا اذا كان قاصراً[١١] وللحاكم الشرعى الولاية على الوقف الخيرى، ونائبه وزارة الاوقاف[١٢] واذا عادت الاهلية بعد زوالها عادت الحقوق جميعها لصاحبها بما فيها التنظر[١٣] وللناظر الجديد محاسبة القديم[١٤] ويستمد الناظر ولايته على الوقف ممن ولاه واقفاً كان أو قاضياً . ولمن ولى حق بسط يد الناظر أو قيدها كما يرى[١٥]

**٢٦٣ — تصرف الناظر :** لناظر الوقف تعيين وكيل عنه[١٦] وله حق تقاضى الايجار مقدماً[١٧] والناظر وكيل عن المستحقين فتصرفه نافذ عليهم فى حدود

---

أيضاً لا يعتبر هذا التسجيل حجة هذا الدائن المرتهن فى الدين المقرر له باعتباره هذه المرة دائناً عادياً : استئناف ٢٧ مايو سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٣٩٨ ، ج ع ٣ ص ٦٥٥ ن ٦٨٠١

(١) ن ١٨٥٧ (٢) ن ١٨٥٩ (٣) ن ١٨٦٠ (٤) ن ١٨٦١
(٥) ن ١٨٦٢ (٦) ن ١٨٦٣ (٧) ن ١٨٦٥ (٨) ن ١٨٦٤
(٩) ن ١٨٦٦ (١٠) ن ١٨٦٧ (١١) ن ١٨٦٨ (١٢) ن ١٨٦٩
(١٣) ن ١٨٧٠ (١٤) ن ١٨٧١ (١٥) ن ١٨٧٣ (١٦) ن ١٨٧٤
(١٧) ن ١٨٧٥

توكيله . فاذا أجر الناظر أصبح المستحق ضامناً نفاذ الاجارة [١] وليس الناظر ملزما بالاثبات كتابة فيما صرفه من المصروفات الخيرية [٢] على شرط أن لايزيد عن المقرر بالوقفية [٣] وهو مصدق فى حسابه فى الاصل الا اذا كان الطعن فيه وجيها [٤] واذا حاسب المستحق الناظر وتبين ان هذا الاخير صرف مبلغاً فى ترميم أعيان الوقف لزم المستحق اثبات عدم فائدة هذا الصرف أو كثرته [٥] واذا كان للوقف ناظران فيصح دفع الايجار الى أحدهما [٦] ويجوز لاحدهما الانفراد فى الخصومة [٧] فى التصرف فى شئون الوقف [٨] واذا كان مع الناظر المختار ناظر منضم ومات هذا الاخير صح انفرد الاول بالعمل [٩] وللناظر دفع ديون الوقف من ايراد المستحقين [١٠] واذا باع الناظر القديم بغبن فاحش جاز للجديد الطعن فى البيع بالبطلان ( المادة ١٣٢ من قانون العدل والانصاف لقدرى باشا [١١] ) واذا كان الناظر مولى ولاية غير عامة فليس له التنازل عن النظارة الا باذن القاضى . فاذا تنازل وأجر بعد تنازله كان الايجار صحيحاً لعدم صحة تنازله [١٢] واذا جمع الناظر بين صفته ناظراً ووصياً على مستحق فلا يستقيم هذا الجمع اذا خوصم باحدى صفتيه بل لا بد من تعيين وكيل خصومة [١٣] وولاية الناظر قاصرة على الادارة وليس له حق التصرف فى الوقف فلا يصح تنازله عن حق ارتفاق للوقف [١٤] واذا اختلس حصة أحد المستحقين فليس لهذا الاخير الرجوع على الوقف بل الرجوع على الناظر نفسه [١٥] أى ان الوقف لا يتحمل خطأه الشخصى [١٦] وليس للناظر أن يحجز تحت يده ريع الوقف دون دفع استحقاق المستحقين ادعاء منه بصرفه فى عمارة الوقف الا اذا أثبت ذلك فى وجه المستحقين [١٧]

**٢٦٤ — فى الشخصية المعنوية للوقف** : الوقف شخص أدبى له وجود

(١) ن ١٨٧٦ (٢) ن ١٨٧٧ (٣) ن ١٨٩٠ (٤) ن ١٨٧٨
(٥) ن ١٨٧٩ (٦) ن ١٨٨٠ (٧) ن ١٨٨٤ (٨) ١٨٨٣
(٩) ن ١٨٨٥ (١٠) ن ١٨٨٦ (١١) ن ١٨٨٧ (١٢) ن ١٨٨٨
(١٣) ن ١٨٨٩ (١٤) ن ١٨٩١ (١٥) ن ١٨٩٤
(١٦) ج ع ص ٣ ص ٦٦٣ ن ٦٨٩٠ (١٧) ن ١٩٢٤

شرعى يبيح التعامل مع الناس مباشرة بواسطة ممثله الشرعى وهو الناظر دون دخل للمستحقين [١] ودعاوى الوقف مدعياً كان أو مدعى عليه ترفع منه وعليه [٢] مع ملاحظة ما قلناه بأن الدعاوى التى تخرج عن ادارة الوقف وتكون خاصة بكيانه وذاته فانه لابد من مخاصمة المستحقين فيها [٣]

**٢٦٥ — فى أجرة الناظر** : تقدر المحكمة أتعابه ويستحقها من يوم صدور الاعلام الشرعى [٤] واذا تعين قيم على الناظر فليس له حق المطالبة بالأجر المعين لهذا الناظر بكتاب الوقف بل يقدر له أجر خاص لان الاعتبارات تختلف [٥]

**٢٦٦ — مسئولية الناظر** : الناظر وكيل . فلمن تعامل معه حق مطالبته باظهار ما يفيد وكالته ويبين حدودها طبقاً للمادة ٥١٨/٦٣٤ مدنى . فاذا أهمل المتعاقد معه وجهل بذلك حدود النظارة فلا يسأل الوقف عن ذلك بل يسأل الناظر شخصياً [٦] مع ملاحظة ماقررناه بشأن اختلاس الناظر وخطأه الشخصى فانه يسأل شخصياً ولا يسأل الوقف [٧] واذا أهمل فى مطالبة المستأجر كان هو المسئول شخصياً [٨] والناظر ملزم بتقديم حساب . وينتقل هذا الالزام الى ورثته اذا مات مجهلا [٩] وقرر مذهب الامام أبى حنيفة ان الناظر اذا اشترى بغلة الوقف عقاراً فلا يصير وقفاً لان غلة الوقف بعد احرازها بيد الناظر تصبح ملكا للمستحقين وهى فى يده أمانة لهم يضمنها اذا استهلكها . فاذا اشترى بها شيئاً فيكون ما اشتراه ملكا له خاصة وهو على ذلك يضمن للمستحقين مثل الغلة التى اشترى بها ويصير مدينا لهم بها [١٠] وبما ان الناظر وكيل بأجر فيسأل حينئذ عن تقصيره اليسير .

---

(١) ن ١٨٨٢ (٢) ١٨٨٣ . (٣) استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ٣٣٧ (٤) ن ١٨٩٥ (٥) ن ١٨٩٦ (٦) ن ١٨٩٨

(٧) ن ١٨٩٤ — ج ع ٣ ص ٦٦٢ ن ٦٨٩٠ — أنظر عكس ذلك نبذة ١٩٠٦ اذ قضى بأنه اذا دفع الناظر خطأ وبنية سليمة حصة مستحق لآخر فللمستحق المحروم من حصته أن يستوفيها من غلة العين الموقوفة وريعها لا من ملك الناظر الخاص (٨) ١٨٩٩ — ١٩٠٠

(٩) ١٩٠٣ — انظر عكس ذلك نبذة ١٩٠١ وقارن بالنبذة ١٩٠٢

(١٠) ن ١٩٠٥

أما اذا كان يعمل بلا أجر فلا يسأل الا عن تقصيره الجسيم[١]

**٢٦٧ — فى طبيعة دين المستحق** : لدائن المستحق حق توقيع الحجز تحت يد الناظر ، وليس لهـذا الأخير حق الطعن فى صحـة الحجز لأنه ليس وكيلا عن المستحق فى ديونه الشخصية[٢] وقد اختلف القضاء فى جواز توقيع الحجز على الاستحقاق فى الوقف فتارة يحكم بجواز الحجز مع مراعاة القيود الواردة بالمادة ٤٣٤/٤٩٦ مرافعات الخاصة بالنفقات وأجر الخدمة وشهرياتهم[٣] وطوراً يجيز الحجز بلا قيد[٤] باعتبار أن الاستحقاق فى الوقف دين عادى[٥] ويرى الفقه بمصر انه يجب الرجوع الى نية الواقف فيما اذا أراد بتعيين الاستحقاق تقرير نفقة لمعاش المستحق ، اذ يأخذ الاستحقاق فى هذه الحالة حكم النفقة[٦] واذا شرط الواقف عدم جواز الحجز على ريع الوقف فلا تأثير لهذا الشرط على دائنى المستحق[٧] هذا مع ملاحظة عدم الخلط بين ريع الوقف وبين المبـالغ الموهوبة أو الموصى بها على سبيل النفقة أو بشرط عدم الحجز عليها وهى المنوه عنها بالمادة ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات ، وان الحظر بالحجز لا يتعلق الا بالدائنين السابقين على الهبـة والوصية كما تنص بذلك المادة ٤٣٨/٥٠٠ مرافعات[٨] ويجوز للدائن الشخصى للناظر أن يحجز محصولات الوقف للحصول على دينه اذا انحصر الوقف فيه نظراً واستحقاقاً ولم يكن الوقف محتاجاً للعمارة[٩] واذا تقاضى المستحق حصته كلا أو بعضاً من المستأجر مباشرة لان الناظر مدين له باستحقاقه جاز ذلك الا اذا ادعى الناظر ان فى ذلك ضرراً بالوقف وأقام الحجة[١٠] ولا يستحق المستحق استحقاقه فى الايجار المقسط الا عنـد حلول القسط . فاذا مات قبل الحلول فليس لورثته حق المطالبة

(١) ن ١٩٠٧ (٢) ن ١٩٠٨ (٣) ١٩٠٩ — ١٩٢١ (٤) ن ١٩١٠
(٥) ن ١٩١٢ (٦) التنفيذ للدكتور عبد الفتاح السيد بك ص ٨٧ ن ١٣٠
(٧) ن ١٩١٣ (٨) راجع فى ذلك تنفيذ الدكتور أبو هيف بك الطبعة الثانيـة ص ١٨٣ وما بعدها ن ٢٩٢ وما بعدها — التنفيذ للدكتور عبد الفتاح السيد بك ص ١٢٥ و١٢٦ وما بعدها ن ١٨٣ و١٨٤ وما بعدها (٩) ن ١٩١٥ (١٠) ١٩١٦

بمقابل المدة السابقة على الوفاة [١] ولا يملك المستحق الاستحقاق فى الغلة الا بتحصيلها بمعرفة النـاظر . ولذا ليس له حق المطالبـة بمرتب شهرى أى الدفع معجـلا قبل التحصيل . واذا حصل ذلك فلا يكسب له حقاً مقرراً [٢] الا اذا قام النزاع بين الناظر والمستحق على الحسـاب فيجوز تقدير نفقة شهرية بحـكم نافذ فى الحـال أخذاً بالمواد ١٥٧/٢١٩ مدنى و ٣٩٢/٤٥٠ مرافعات [٣] وللمستحق مطالبة الناظر بالحساب حتى ولو منع من ذلك بكتاب الوقف [٤] والمستحق يتلقى حقـه من الواقف مباشرة لامن مورثه وعلى ذلك لا يضمن باستحقاقه ديون مورثه [٥]

**٢٦٨ — فى سقوط حق المستحق بمضى المدة :** انقسم القضاء المصرى بشأن تعيين المدة فى سقوط الاسـتحقاق فى الوقف بالتقادم . فالبعض يقول بسقوطه بمضى خمس سنوات بالمـادة ٢١١/٢٧٥ مدنى لانه من الديون المستحقة الدفع سنوياً . والبعض الآخر قال بسقوطه بمدة ١٥ سنة أخذاً بالمـادة ٢٠٨/٢٩٢ مدنى [٦] وأخذنا بالمذهب الاول لانه هو الاصح فى نظرنا ورجعنا فى تعليله الى ماقرره القضاء الفرنسى ، برغم نقد بعض أهل الفقه له ، فى تفسير المـادة ٢٢٢٧ مدنى فرنسى المقابلة للمادة المصرية ٢١١/٢٧٥ فى أنه لا بد فى الديون التى تسقط بمضى خمس سنوات أن يتوافر فيها شرط تعيين مقدار الدين من قبل تعييناً ظاهراً. وقضى القضاء الفرنسى بناء على ذلك عدم الأخذ بالتقادم الخمسى فى المبلغ الذى يلتزم به صاحب المنجم لصاحب الارض بنسبة ماينتجه المنجم . وكذلك فى القسط الذى يدفعه الشريك لشركة التأمينات المتبادلة [٧] ذلك لان الدين لم يكن مقدراً ومعينا من قبل . وشرعية التقادم الخمسى هذا عدم اثقال كاهل المدين بمبالغ

(١) ن ١٩١٧ (٢) ن ١٩١٨ (٣) ن ١٩١٩
(٤) ن ١٩٢٠ — قارن مع ذلك ن ١٩٢١ (٥) ن ١٩٢٢
(٦) وقد شرحنا هذه النظرية بكتاب الالتزامات ص ٥٠٦ — ٥٠٨ ن ٥١٧ — ٥١٩
(٧) Assurances mutuelles

تتجدد سنوياً ويهمل دائنه مطالبته بها . وعلى هذا القياس اذا حللنا دين الاستحقاق فى ريع الوقف لاحظنا ان المواد ١٨٠ و ٢٣٤ من قانون العدل والانصاف لقدرى باشا قد قررت أن أعيان الوقف تستحق أجرتها فى آخر كل سنة لا قبل ذلك ولا بعده ولا تثقل ذمة الناظر بها الا من يوم استلامها . ولا يتعين نصيب المستحق الا بعد التصفية . وعلى ذلك لا يعتبر هذا الدين ملحقاً بالديون المنوه عنها بالمادة ٢١١/٢٨٥ مدنى المذكورة . وتأيد لدينا هـذا المذهب بعد أن حللنا أحكام القضـاء فيما قرره بالمذهبين[١]

**٢٦٩ — بيع انقاض الوقف والاستبدال** : راجع النبذ ١٩٢٨ — ١٩٣٢

**٢٦٩ مكرر — قسمة الاوقاف الشائعة** : اذا كان الجزء الشائع موقوفاً جاز فرزه وتجنيبه سواء كان الجزء الباقى موقوفا[٢] أو غير موقوف . لان البقاء فى الشيوع بلا قيد وشرط أمر موقوف على نتيجة القسمة . وتجوز قسمة المهايأة بين المستحقين[٣] وفى هـذا التجويز ما يجعل الوقف هنا قريباً جداً من حق الانتفاع من حيث التمتع بالحقوق القانونية التى يستعين بهـا فى حماية حقه غلة كان أو غير غلة

**٢٧٠ — مدة اجارة الوقف** : تراعى شروط الواقف . واذا لم تتعين بها المدة فلا تزيد عن ثلاث سنوات طبقاً للمادة ٢٧٦ قدرى باشا[٤] والمادة ٣٦٤/٤٤٧ مدنى التى تقول بأن مدة تأجير المدير الشرعى[٥] كالوصى والقـيم لا تزيد عن ثلاث سنوات . ولا يجوز التأجير لمدة مستقبلة قبـل انتهاء المدة السابقـة واذا زادت المدة عن المقرر لها بكتاب الوقف أو بالشريعـة نفذت الاجارة عن المدة الصحيحة وبطلت فى الزيادة[٦] الا اذا اشـترط على المستأجر عمارة الوقف من الايجار[٧] أو كان الناظر هو المستحق الوحيد فتنفذ عليه برمتها[٨] ولا يجوز

(١) الالتزامات : الصحف والنبذ السابقة (٢) ن ١٩٣٣ (٣) ١٩٣٤ — ١٩٣٦
(٤) ن ١٩٢٨ (٥) Administrateur légal (٦) ن ١٩٤٠
(٧) ن ١٩٤٤ (٨) ن ١٩٤١

له نقضها أخذاً بالقاعدة المعروفة من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه . ويجب على الناظر أن يتريث حتى تنتهى المدة القديمة فيؤجر لمدة جديدة [١] ولو أجر قبل انتهاء الاولى بزمن يسير صح التأجير [٢]

**٢٧١ — قيمة الاجارة :** الاجارة بأجر المثل . فاذا اصاب الوقف غبن جاز للمستحق طلب فسخ عقد الايجار على شرط اقامة الدليل على وجود تواطؤ بين الناظر والمستأجر [٣] أو وقوع خطأ جسيم لانه ملحق بالغش [٤] . ولا يفسخ الايجار بموت المستأجر ( المادة ٣٩١-٤٧٨ مدنى و ١٧٤٢ فرنسى ) انما يفسخ بموته أخذاً بما قرره رجال الفقه الاسلامى ، اذا كانت حاصلة قبل نشر القوانين الاهلية [٥]

**٢٧٢ — التنازع فى الاختصاص بأصل الوقف :** تقرر المادة ١٦/١٢ من لائحتى انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة أن المحاكم لا تفصل فيما يتعلق بأصل الوقف [٦] وقد تشعبت أوجه النظر لدى القضاء فى بيان المعنى المقصود من هذه العبارة . والقضاء الاهلى يعمل على التوسيع من مجال اختصاصه كما يعمل القضاء الشرعى أيضاً كذلك مثله. والقول هنا يرجع لقانون المرافعات ويترك الافاضة فيه لاهله [٧] انما الذى يحسن أن نشير اليه هنا أن من اختصاص القضاء الشرعى تنصيب النظار وعزلهم [٨] وأهلية الواقف [٩] واجراءات الوقف [١٠] وما اذا كانت حصة المستحق فى وقف من الجهة الخيرية أو من الجهة الاهلية [١١] ويختص القضاء الاهلى بالبحث فى صحة صدور الوقف [١٢] وفى مرض موت الواقف [١٣] وجواز الطعن فى الوقف اذا حصل اضراراً بدائنى الوقف ( المواد ٥٣/ ٧٦/ و١٤٣/ ٢٠٤ و٥٥٦/ ٦٨٠ مدنى و١١٦٧ فرنسى ) [١٤]. بحيث لاينصب الطعن فى الوقف الا على القدر اللازم

(١) ن ١٩٤٢ (٢) ن ١٩٤٣ (٣) ن ١٩٤٥ (٤) Dol
(٥) ن ١٩٤٦ (٦) Constitution des wakfs
(٧) راجع فى ذلك مرافعات الدكتور أبو هيف بك الطبعة الثانية ص ١٤٦ وما بعدها ن ١٣٥ وما بعدها والهوامش الواردة بها (٨) ن ١٩٥٧ (٩) ١٩٦٠ و١٩٦١
(١٠) ن ١٩٥٨ (١١) ن ١٩٦٨ (١٢) ن ١٩٦٢
(١٣) ن ١٩٦٥ و١٩٦٧ — عكس ذلك ١٩٦٦ (١٤) النبذ ١٩٧١ — ١٩٧٣

الوفاء بدين الطاعن فقط دون تزاحم الدائنين الآخرين معه[١] وعلى شرط أن يقدم الدليل على اعسار الواقف بأنه لم يكن لديه عقاراً كان أو منقولا بما يفي بدين الطاعن فقط . وهذه هي الاحكام العامة لدعوى الابطال[٢] . ويتعلق بذلك ايضاً مسئلة جواز تعيين حارس بمعرفة القضاء أيضاً[٣] ونرى الاخذ برأى تعيين الحارس

**٢٧٣ — زوال الوقف بالتقادم** : يزول الوقف بالتقادم . وانقسمت الآراء القضائية فيه اذ يقول بعضها بأن الدعوى لا تسمع له بعد مضى ٣٣ سنة . ويقول الآخر بمدة ١٥ سنة المقررة بالقانون المدنى . وسنبين ذلك عند ما نتكلم على نظرية التقادم المكسب وان الرأى الثانى هو الأصح

**٢٧٤ — اكتساب الوقف بالتقادم لعقار من غير موقوف** : قال القضاء بجواز ان الوقف يكتسب عقاراً حراً بالتقادم فيلحق به فيصبح هو الآخر وقفاً . والمدة هنا ١٥ سنة [٤] واذا تنازع وقفان على ملكية أرض حرة بالتقادم جاز الحكم بها للوقف واضع اليد وضعاً قانونياً [٥] . وانا نرى زوال الوقف بالتقادم فى محله . ولكننا لا نقر المذهب القائل باكتساب الوقف لعقار حر بمضى المدة ونقول بأن العقار المكتسب بالتقادم يصبح ملكا حراً للمستحقين لا ملكا للوقف ، لأن الوقف قيد للملكية وغل لها ولا يكون الا بعقد الايقاف ، فحيث لا عقد فلا ايقاف

## ٢ — الحكر

**٢٧٥** — الحكر أو الاحتكار عقد ايجار يبيح للمستأجر الانتفاع بالعقار المؤجر الى أجل غير محدود أو الى أجل طويل معين مقابل دفع أجرة شهرية أو سنوية للمؤجر . ويقع فى الاراضى المعدة للبناء موقوفة كانت أو غير موقوفة [٦]

---

(١) ن ١٩٧٢ (٢) Action révocatoire (٣) ١٩٨٠ — ١٩٨٣
(٤) ن ١٩٧٥ (٥) ن ١٩٧٤ (٦) فتحى زغلول باشا شرح المدنى ص ٢٩٠ — شرح الوقف لزيد بك الطبعة الثانية ص ١٠٤ — المواد ٣٣١ — ٣٤٦ من كتاب العدل والانصاف لقدرى باشا . — دى هلس ج ٤ ص ٣٩٢ — ٣٩٧ ن ١٥ — ٣٠

وله أحكام خاصة به وهى :

١ ) يثبت الحكر بالكتابة . ويجوز اكتسابه بمضى المدة . وفى نظرنا ١٥ سنة لا ٣٣ سنة كما يقول البعض بالقياس مع الوقف

٢ ) لا يصح الحكر فى أرض البناء الموقوفة الا باذن القاضى

٣ ) حق المستأجر على العقار حق انتفاع وعلى ذلك فهو حق عينى . على أنه يجوز للمستأجر أن يحدث بالارض أبنية وغراسا ويغير ما يشاء فى مناهج استعمال الارض على شرط أن لا يترتب على ذلك المساس بقيمة الارض المؤجرة

٤ ) لا تستقر قيمة الايجار على حالة واحدة بل هى تقبل الزيادة والنقص بحسب الزمان والمكان . واذا كانت الزيادة راجعة الى تحسين قام به صاحب الحكر فلا يلزم بالزيادة

٥ ) الاصل فى الحكر أنه لأجل غير مسمى

٦ ) اذا تأخر المحتكر فى دفع الايجار ثلاث سنوات فسخ العقد عليه

ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على غير ماهو مقرر لهذه الاحكام

ولما كانت يد المحتكر يد عرضية فهو لا يتملك الارض حرة له ما دام أن يده عرضية لأنها ليست يده بل هى يد المالك الاصلى اذ كانت مملوكة للفرد ، أو لجهة البر التى لا تنقطع ان كانت موقوفة ( كما يقولون ) . على أننا لا نرى ما يحول دون تملكها بمضى المدة اذا عمل المحتكر على تغيير يده [1] بأن جعلها له لا لصاحب الرقبة واتجهت نيته الى التملك ونمت على هذه النية أعمال دلت على أن يده على الارض يد المالك الحقيقى [2]

---

(١) Interversion de titre

(٢) ونرى هنا ضرورة الاشارة بالايجاز الى الحكر الفرنسي . وهذا الحكر Emphythéose هو حق عينى يتعلق باستغلال شيء من طريق الاستئجار الدائم أو شبه الدائم Quasi-perpétuelle

وهذا النوع من الايجار يرجع الى الايام الاخيرة من امبراطورية الرومان حيث كانت الملكية العقارية محتكرة فى أيدى عدد قليل من كبار الملاك . وقد بارت أراضى كثيرة بسبب الاهمال فى العناية بها . لذا فكر بعض الحائزين لضياع واسعة فى الاخذ بشكل خاص من أنواع الايجار يفلتون به من اعباء الارض وعلى الاخص من دفع الاموال العقارية المقررة عليها ، فعملوا على التأجير

## ٣ — الخلو

**٢٧٦** — الخلو أو خلو الانتفاع[1] عقد اجازة لزمن غير محدد عن أرض موقوفة مبنية أو غير مبنية أو زراعية . وخواصه أن المستأجر ملزم باصلاح

---

للناس لمدد طويلة جدا . ونظرا لطول المدة فى الانتفاع بالارض كان المستأجر يتعهد بتحسين الارض وزرعها Complanter . ولذا سمى هذا العقد بالحكر Emphytéose ( والكلمة الفرنسية مشتقة من كلمة Emphutensis بمعنى ذرع Planter ) وكان يدفع المستأجر جعلا ضئيلا يسمى Redevance Canon أو Vectigal . وكانت حقوق المستأجر على الارض كبيرة الى حد أن يده على الارض تحكى يد المالك وكانت تبيح له حق الدفاع عنها كالمالك ضد الغير . وأخذ الفرنسيون بهذا النوع من الايجار وكانت أقصى مدة معينة له ٩٩ سنة ان لم يكن مؤجراً للابد . وقررته بعض القوانين قبل قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ولكن هذا القانون الاخير لم يشر اليه بشيء ما ، ولذا قام الخلاف بين الشارحين بشأن هذا العقد لامن حيث طول مدة الايجار بل من حيث الحق الذى يترتب للمستأجر على الارض المحتكرة هل هو حق عينى Réalité du droit أم غير عينى فاذا قيل بأنه حق عينى جاز للمحتكر Emphytéote رهنه رهنا رسميا وجاز نزع ملكيته منه نزعا عقاريا . وأما اذا قيل بأن للمحتكر كـكل مستأجر مجرد حق استغلال Dr.de jouissance فلا يجوز فيه الرهن ونزع الملكية . ويكون لدائنى المستأجر مجرد عمل حجز تحت يد الغير Saisie-arrét فيما يمكن أن يكون لمدينهم من الحقوق بذمة هذا الغير

وقد أدلى الشارحون فى تقرير هذين الرأيين بجملة مذاهب . فمنهم من قال بأنه ما دام أن الحقوق العينية قد حصرت بالمادة ٥٤٣ ( المقابلة للمادة ٥ / ١٩ مدنى مصرى ) وان الحقوق العينية التى تقبل حق الرهن الرسمى قد حصرت ايضا بالمادة ٢١١٨ (المقابلة للمادة ٥٥٩ / ٦٨٣ مدنى مصرى) ولم يذكر بالمادتين حق الحكر فلا يجوز حينئذ القول بجواز توقيع الرهن الرسمى على الحكر . ويقولون ببلجيكا بأنه ما دام ان المحتكر كان بالقانون الفرنسى القديم كالمالك حقيقة وانه يملك على الارض حقاً يلحق بحق الملكية Droit utile فمن اللازم الاقرار له بهذه الحقوق فى الوقت الحاضر . ويقول القضاء الفرنسى برأى هو الحد الوسط بين الرأيين المتقدمين ، اذ يقول بأن للمحتكر على الارض حق استغلال عينى Dr. réel de jouissance يشبه حق الانتفاع Usufruit ، وليس له حق الملكية Dr. utile , وربما يتأيد هذا الرأى بالمادة ٥٤٣ فرنسى فيما تشير اليه فى أن حق الانتفاع يجوز أن يكون مجرد حق استغلال Un simple droit de jouissance ، وبالمادة ٢١١٨ فى انها جعلت حق الانتفاع من ضمن الحقوق القابلة للرهن ، وما دام أن الحكر هو شكل من الانتفاع فهو يقبل الرهن أيضاً . وصدر قانون فرنسى فى ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢ يقرر بأن الحكر حق عينى عقارى Dr. réel immobilier ، قابل للرهن الرسمى ، وحدد مدة للايجار فجعل الحد الادنى لها ١٨ سنة والحد الاقصى ٩٩ سنة

(١) لا حلول الانتفاع كما يقول البعض : فتحى زغلول باشا ص ٢٩١

الشيء المؤجر ، وأن يدفع المستأجر أجرة مقدرة لا تتغير ، وأن لا يكون لجهة الوقف الحق في فسخ العقد في أي وقت واسترداد العقار على شرط أن يدفع للمستأجر مازاد في قيمة العقار بسبب الاصلاحات التي قام بها ( المواد ٣٦٠ و٣٦١ من كتاب العدل والانصاف لقدرى باشا ) ويجوز الاتفاق على غير ما هو مقرر من هذه الاحكام

## ٤ — في عقد الاجارتين

**٢٧٧** — عقد الاجارتين عقد تؤجر به جهة الوقف مكاناً مبنياً اجارة مستمرة لاجل غير مسمى

وخواصه : ( ١ ) أن يقوم المستأجر بحفظ العين وصيانتها بمصاريف من طرفه مهما كانت . — ( ٢ ) أن يدفع المستأجر مبلغاً مقدراً على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد وهو المسمى بالقيمة المعجلة ثم يدفع أجرة سنوية معلومة وهو المسمى بالقيمة المؤجلة — ( ٣ ) محل هذا العقد العقار المبنى الموقوف . — وهو كالحكر لولا خواصه الثلاثة المتقدمة [١]

ولقد تقرر عقد الاجارتين هذا بالقانون العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الموافق ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ . ولقد سبق لنا أن لاحظنا أن هذا القانون العثماني هو غير القانون العثماني الآخر الذى صدر في نفس هذا التاريخ متعلقاً بتمليك الاجانب للعقارات بالدولة العثمانية [٢]

والمفروض في العقار الموقوف المؤجر بعقد الاجارتين أنه قد انقرضت سلسلة المستحقين فيه فآلت لوزارة الاوقاف ، لذا أقطعته للمستأجر بهذا العقد عقد الاجارتين ، سواء كان العقار مبنياً عامراً ( المسقفات ) أو غير مبنى ولكنه ذو ايراد ( المستغلات )

---

( ١ ) فتحى باشا زغلول ص ٢٩١ ( ٢ ) انظر قانون الاجارتين بقاموس الادارة والقضاء لجلاد بك النسخة الفرنسية ج ٦ ص ٥٧٦ — ٥٧٧ تحت كلمة Wakf — الدولى الخاص الدكتور أبو هيف بك ص ٥٣١ ن ٣٨٦ والهامش ١٦ — دى هلس ج ٤ ص ٣٨٦ ن ٤

والحق المترتب على عقد الاجارتين حق يورث لورثة المستأجر طبقاً لما قرره قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ المذكور وطبقاً للاصول والقواعد المقررة به فى طريقة التوريث والتى خالف فيها القواعد المعروفة فى الشريعة الاسلامية . اذ قرر هذا القانون بالمادة الاولى والثانية منه مساواة الابن بالبنت وتقديم الابناء والبنات على من عداهم والى غير ذلك مما هو مبين فى هاتين المادتين الأوليين منه

٦ ) فى تفسير المواد ٧ / ٢٢ و١٧ / ٣٤ و١٨ / ٣٧ و٥٤ / ٧٧ مدنى

٢٧٨ — أما وقد انتهينا الآن من حق الانتفاع وأحكامه والحقوق المشابهة له واحكامها وهى الوقف والحكر والخلو ، والاجارتين ، وما قرره القانون العثمانى المؤرخ ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الموافق ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ ، فانه يسهل الآن فهم المعنى المقصود من المواد ١٧ وغيرها فهما يتفق مع الاعتبارات الشرعية الاسلامية ، ومع اللوائح والقوانين السارية بمصر .

١ ) فى المادة ١٧ / ٣٤ مدنى : تقول هذه المادة ما يأتى : « انما [١] يجوز أن يوصى [٢] لمحل خيرى تابع لديوان الاوقاف [٣] بملك العين [٤] ولشخص أو اكثر ولورثته على التعاقب [٥] بحق الانتفاع [٦] وحينئذ لا يكون للمحل الخيرى حق الملك التام الا بعد انقراض الموصى اليهم بحق الانتفاع » [٧] . ويجب ربط هذه المادة بالمادتين قبلها ١٦ و١٥ مدنى اذ تختص هذه الاخيرة بأن حق الانتفاع مؤقت ومؤبد . ولا يكون بين الافراد الا مؤقتاً . وتشير بذلك الى أن الانتفاع المؤبد هو بين الحكومة فى أراضيها الخراجية وبين الافراد طبقاً للوائح ، وهو ما نصت عليه المادة ٣٥ مدنى مختلط والتى لم تنقل الى القانون الاهلى ولكنها تقرر قاعدة عامة . أما المادة ١٦ فهى تقرر بأن الانتفاع ينتهى بوفاة

(١) Toutefois (٢) Testament
(٣) Etablissement dépendant du ministère des Wakfs
(٤) Nu-propriété (٥) En ligue directe (٦) Usufruit
(٧) Famille usufuitière

المستحق . ثم جاءت المادة ١٧ / ٣٤ المذكورة وقالت فى صدرها « انما » استدراكا للمادتين السابقتين عليها ١٥و١٦ ،أى أن الانتفاع يكون مؤبداً ولا ينتهى بموت المستحق اذا أوصى الموصى بالرقبة لمحل خيرى تابع للاوقاف وبالانتفاع أو المنفعة لشخص أو جملة أشخاص ولورثتهم، حتى اذا ما انقرضوا اجتمع وقتئذ حق الرقبة المتقدم مع حق الانتفاع بيد واحدة وهى يد المحل الخيرى التابع لوزارة الاوقاف . والغالب أن هذه المادة انما تشير فى تعبيرها بحق الانتفاع [١] الى الوقف ، ذلك الوقف الذى عرفه الشارع المصرى المدنى بالمادة ٧/٢٢ بما يأتى :
« الاموال الموقوفة [٢] هى المرصدة على جهة بر لا تنقطع [٣] ويصح ان تكون منفعتها [٤] لاشخاص بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك » [٥]
والتعريف الشرعى للوقف هو « ... حبس العين عن تمليكها لاحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو فى الجملة أو على وجه من وجوه البر » ( المادة الاولى من العدل والانصاف ) [٦]

فاذا قارنا بين المادة ١٧ و ٧ من جهة وبينهما وبين التعريف الشرعى للوقف من جهة أخرى فاننا نلاحظ ما يأتى :

١ . — تحاشى المترجم للمادة ٧ فى النسخة العربية أن ينقل هذه العبارة الفرنسية [٧] لان هذه العبارة انما استعملها « مونورى » و « موريوندو » من طريق التجاوز فى التعبير . ولا تتفق مع الوقف الذى لا مالك له . بل هى تنطبق على ما كان معروفاً فى عهد الاشراف والاقطاعات

٢ . — استعمل الشارع كلمة الانتفاع [٨] بالمادتين ٧ و ١٧ وهو يريد بذلك حق المستحق فى الغلة ، ومعلوم أن حق المستحق فى الغلة هو غير حق الانتفاع ، مع حصول شبه عظيم فى الحقين الوقف والانتفاع . والاستعانة بكلمة الانتفاع [٩]

(١) Usufruit (٢) Biens Wakfs
(٣) Propriété de mainmorte au profit d'etablissement pieux
(٤) Usufruit cédé (٥) Règlements (٦) شرح الوقف لزيد بك ص ١
(٧) Propriété de mainmorte (٨) Usufruit (٩) Usufruit

بالنسخة الفرنسية هي من طريق التجاوز وكان للمترجم أن يتحاشاها كما فعل بالمادة ٧ بالعبارة الفرنسية (١)

٣ . — في الغالب أن كلمة اللوائح الواردة بالمادة ٧ انما تشير الى أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالوقف . واذا صح القول بأن هناك لوائح فانما يراد بذلك اللائحة السعيدية الصادرة سنة ١٨٥٤ والتي تعدلت فيما بعد ، وهي الخاصة بطريقة وقف الافراد لحق المنفعة الذي كان مقرراً لهم على الاراضي الخراجية ، وقفاً يرجع في قيوده الى تلك اللوائح ورأى الحاكم ، كما أشرنا الى ذلك في الملكية . ونضم الى ماتقدم أنه ربما انصرفت أيضاً كلمة اللوائح هنا الى القواعد المقررة بالقانون العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ بشأن عقد الاجارتين والتوريث بشأن الحق المقرر المستأجر فيه .

٤ . — تقول المادة ١٧ بتقرير حق الانتفاع (وهي تريد الوقف) بالايصاء وكما يحصل الوقف في حياة الواقف ولا ينفذ الا بعد مماته فانه يحصل أيضاً في حياته وينفذ في حياته

٥ . — وتقول بالايقاف لمحل خيري تابع لوزارة الاوقاف ( ولفظ الوزارة الوارد بالنسخة الفرنسية غير صحيح عند وضع القانونين المختلط والاهلي سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ لانها لم تصبح وزارة الا سنة ١٩١٢ . ولذا تحاشى المترجم ذكره واستعاض عنه بكلمة ديوان ) . والواقع أن الايقاف كما يحصل لمحل خيري فانه قد يحصل أيضاً للمدينة المنورة ومكة وهما ليسا من المحلات الخيرية التابعة لوزارة الاوقاف (٢)

٦ . — ان القول بالمادة ١٧ بأن الرقبة تعطى لمحل خيري ، والمنفعة (يراد بها الوقف أي غلة الوقف) الى شخص أو ورثته على التعاقب ، ثم القول بأن حق الرقبة وحق المنفعة يجتمعان في يد واحدة (٣) بعد انقراض المستحقين قول غير

---

(١) Prop. de mainm. (٢) دي هلس ج ٤ ص ٣٨٨ ن ٧

(٣) Consolidation

صحيح بالنسبة للتعريف الشرعى للوقف . لان العين فى الوقف لا تملك لأحد رقبة كانت أو ملكية تامة . وأنما يصدق قول المادة ١٧ على الانتفاع لا على الوقف

٢) فى المادة ١٨ / ٣٧ مدنى : نصت المادة ١٨ على ما يأتى : « حق المنفعة[١] المعطى من ديوان الاوقاف[٢] قابل للانتقال[٣] من يد الى أخرى بمقتضى اللائحة[٤] المؤرخة ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ( ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ ) . — ويجوز تأجيره أو اعطاؤه بالغاروقة »

وبمقارنة هذه المادة بالمادتين ١٧ و٧ نلاحظ ما يأتى :

١ . — استعمل الشارع هنا كلمة الانتفاع[٥] مكان الوقف والسبب فى ذلك أيضاً هو تعذر الوقوف على كلمة باللغة الفرنسية تقرر ما يراد بالوقف من الوجهة المقررة له شرعاً

٢ . — ذكر بالنسخة الفرنسية كلمة الوزارة . وتحاشاها المترجم فاستعاضها بكلمة ديوان

٣ . — تقول المادة بأن حق الانتفاع ( وهو يريد الوقف حتما ) يورث . وهذا غير صحيح لان الاستحقاق فى الوقف لا يورث فلا يرثه وارث المستحق المتوفى الا عن الواقف أصلا ، باعتبار أن الوارث تلقى الحق لا عن مورثه ، بل عن الواقف . والاستحقاق فى الوقف ليس من التركة . ولذا اذا مات المستحق فلا يملك دائنوه حق الحصول على ديونهم من الاستحقاق المقرر للورثة لا بصفتهم ورثة بل بصفتهم مستحقين للوقف ، بأن عينهم مستحقين نفس الواقف لا مورثهم المتوفى

واذا كانت المادة فى قولها بالتوارث فى الوقف لم تصب الحقيقة بل قالت خطأ فكيف يحصل هذا الخطأ المقول به ، مع أنها استندت الى قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ وكيف الجمع بين الخطأ وقانون بينما الخطأ مقرر بهذا القانون ؟

ليس هناك خطأ . ذلك لان التوارث فى استحقاق الوقف ، باعتباره غير

---

(١) Usufruit (٢) Ministère des Wakfs
(٣) Transmissible (٤) Loi (٥) Usufruit

صحيح من الوجهة الشرعية الاسلامية ، فهو صحيح فى حالات خاصة قررها سلاطين آل عثمان بقانونهم المشهور ٧ صفر سنة ١٢٨٤ الذى تكلمنا عنه والذى قرر عقد الاجارتين وقرر فيه جواز التوارث فى حق المستأجر بالارض الموقوفة المبنية أو الارض الموقوفة ذات الايراد [١] وقلنا بأن هذا القانون رسم قواعد خاصة فيما يتعلق بارث الحق المقرر للمستأجر ، لان المدة غير معينة . فاذا مات المستأجر ظل الحق على الارض محل عقد الاجارتين قائما يتوارثه ورثة المستأجر وورثة الورثة وهكذا . وعلى ذلك يكون القول بصحة التوارث فى الوقف بالمادة ١٨ المذكورة انما هومنصرف الى عقد الاجارتين حتما . والدليل على ذلك هوالتجويز للمستأجر ، وهو بمثابة المستحق فى الوقف ، مع هذا الفرق فى أن المستأجر هنا يدفع اجارتين احداهما معجلة والثانية مؤجلة والمستحق لايدفع شيئاً ، بالتأجيرمن باطنه أو باعطاء الارض بالفاروقة ، كما تقول بذلك المادة ١٨ فى آخرها .

**٢٧٩ — : التكييف القانونى لحق المستأجر بعقد الاجارتين :** فما هو اذن التكييف القانونى لحق هذا المستأجر ؟ هل هو استحقاق فى وقف ، أم مستأجر بالمعنى الصحيح ، أو منتفع بحق الانتفاع ؟ ليس هو بالمستحق كما قلنا لأنه لم يكن ممن عينهم الواقف بطائفة المستحقين . وليس بالمستأجر لانه دفع اجارتين ، احداهما تبرعا . وليس بالمنتفع لان الاصل فى الانتفاع أن يكون معقوداً بحياة المنتفع ويزول بوفاته . وليس بالمحتكر لاختلاف الخواص فيهما . وان كان لاهذا ولا ذاك ، فماذا يكون هذا الحق ؟ نقول أنه حق خاص قائم بذاته [٢] وهو وليد الظروف ونتيجة اتفاق الافراد فيما هم أحرار فيه بما لا يتعارض مع النظام العام . نقول ذلك أخذاً بالقياس فيما قررناه بالقانون التجارى فى نظرية التأجيل بالبورصة[٣] وما قرره لاكور[٤] فيها . أى أنه يجوز اعتبار الحق اعتباراً قانونياً لاوصف له بالقانون ما دام أنه نتيجة لعقد معقود بين الطرفين . وان صح القول

(١) دى هلس ج ٤ ص ٣٨٤ — ٣٨٦ ن ١ — ٤

(٢) Sui generis (٣) Report (٤) Lacour

بأن الحق يسمى باسم العقد ، جاز لنا القول بأن حق المستأجر بعقـد الاجارتين يسمى بحق الاجارتين ، بمعنى أنه يرجع فى تعيين حدوده وبيان آثاره القانونيـة الى عقد الاجارتين ذاته . وفى ذلك الكفاية

**٢٨٠ — ٣) فى المادة ٥٤/٧٧ مدنى :** تقول هذه المـادة ما يأتى : « يكون فى الحـكم فى المواريث[١] على حسب المقرر فى الاحوال الشخصية[٢] المختصة بالملة التابع لها المتوفى ، أما حق الارث فى منفعة الاموال الموقوفة[٣] فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية[٤] » ونقصر القول هنا على الفقرة الثانية الخاصة « بالارث فى منفعة الاموال الموقوفة » وبعد ذلك البيان الذى أوردناه فى شرح المواد السابقة فقـد زال غموض هذه المادة وكان موضع الخطأ والصواب فيها وذلك :

١ — أصر الشارع هنا على استعمال كلمة انتفاع بدلا من عبـارة الوقف والاستحقاق فى غلة الوقف

٢ — التوارث فى منفعة الاموال الموقوفة ، يراد به هنا التوارث فى حالة عقد الاجارتين للاسباب التى بيناها فى شرحنا للمادة ١٨ ، لانه لا توارث فى استحقاق الوقف كما أثبتناه فى مكانه

٣ — قول المادة عنـد التوريث « تتبع الشريعة المحلية » انما يراد به قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ . اذ هو القانون الوحيد الذى أباح التوارث ، والتوارث فقط فى الحق المترتب للمستأجر عن عقـد الاجارتين . وأما القول هنا بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، كما قال بذلك فتحى باشا زغلول[٥] فهو غير صحيح لأن الشريعة الاسلامية لا تبيح التوارث فى الوقف . فلا بد اذن أن يكون التوارث هنا منصباً على قانون ٧ صفر المذكور الخاص بعقد الاجارتين[٦]

(١) Successions (٢) Statut personnel
(٣) Usufruit des biens Wakfs (٤) Loi locale (٥) ص ٨٧
(٦) الدولى الخاص للدكتور أبو هيف بك ص ٥٢٩ د ٥٣٠ ن ٣٨٦

٤ — القول بضرورة الرجوع الى عقد الاجارتين المنصوص عنـه بقانون ٧ صفر المذكور صحيح فيما اذا كان العقد هو عقد الاجارتين ، بمعنى أن التوريث يحصل بمقتضاه فى أن للذكر مثل حظ الانثى . فاذا لم يكن العقد عقد الاجارتين ، وكان خاصاً مثلا بالحكر أو الخلو ، انصرفت حينئذ عبارة المادة فى قولها « أحكام الشريعة المحلية » الى أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالتوارث بوجه عام باعتبارها هى الشريعة المحلية [1]

## فى حقوق الارتفاق

### ١ ) فى التمييز بين حق الارتفاق وحق الانتفاع

**٢٨١** — عرف الشارع حق الارتفاق [2] بالمادة ٣٠/٥١ مدنى و٦٣٧ فرنسى بمـا يأتى : « الارتفاق هو تكليف [3] مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى [4] وتتبع فيه شروط العـقد الذى ترتب عليه [5] وجود ذلك التكليف وعرف البلد » [6] والعقار المخدوم أو المنتفع أو المرتفق [7] هو ماتقرر له الارتفاق . خاصة . والعـقار الخادم أو المنتفع به أو المرتفق به [8] هو المحمل بحق الارتفاق ومن هذا التعريف تظهر الفروق بين حقوق الارتفاق العينية [9] ، وهى حقوق الارتفاق الاصلية الحقيقية ، وبين حق الانتفاع [10] الذى ينعت كما رأينا بأنه حق ارتفاق شخصى [11] . وهذه الفروق هى :

١ ) الانتفاع اما منقول أو عقارى وأما الارتفاق فهو عقارى دائما

٢ ) بما ان الانتفاع مقرر لمصلحة شخص فهو مؤقت بطبيعته وأقصى مدة له حياة المنتفع . أما الارتفاق وقد تقرر لمصلحة عقار فهو دائم بدوامه وخالد بخلوده

---

(١) أبو هيف بك ص ٥٣١ — جرانمولان ، فى العقود ص ١٦٦ — دى هلس ج ٤ ص ٣٨٦ ن ٥

(٢) Servitude (٣) Charge (٤) Etat

(٥) Titre de leur constitution (٦) Usages locaux

(٧) Fonds dominant (٨) Fonds servant (٩) Serv. réelles

(١٠) Usufruit (١١) Serv. personnelle قارن دى هلس ج ٤ ص ١٩٣ ن ١٢

وقد قال الرومان بهذه التفرقة الاخيرة وقالوا فى حق الارتفاق بأنه من أوصاف العقار [1] ونعت له والنعت يدوم ما دام منعوته وكذلك الارتفاق فهو يخلد مع خلود العقار ، والارتفاق دائم كالملكية ، الا اذا اتفق الافراد أصحاب الشأن على خلاف ذلك

٣ ) حق الانتفاع حق متميز مستقل ومعين بمال صاحبه من ضمن ممتلكاته وهو حق أصلى [2] يجوز اسقاطه والتنازل عنه والحجز عليه ورهنه . أما الارتفاق فهو على العكس حق تابع ضرورة [3] للعقار المرتفق . فلا يجوز الاسقاط فيه لعقار آخر ولا يصح الحجز عليه ولا ينفذ فيه الرهن وحده دون العقار نفسه

٤ ) ان حق الانتفاع كالملكية من حيث التعريف لكل منهما اذ ينصرف الواحد منهما الى هذين الركنين من الاركان الثلاثة للملكية الكاملة وهما حق الاستعمال [4] وحق الاستغلال [5] وأما موضوع الارتفاق فانه يتعين بقدر مايتفق عليه العاقدون وتدعو اليه ضرورات الحاجة . فاذا كان هناك بعض حقوق ارتفاق معلومة كحق المرور [6] وحق المطل [7] فان هناك أيضاً صوراً للارتفاق توجد حيث تدعو الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، والافراد أحرار فى تقريرها ما داموا فى حدود القانون وما دام ان الشارع نفسه لم يعمل على التضييق من حرية الادارة هذه وحدها بحدود خاصة . لذا لم يعرف الشارع الارتفاق بالمادة ٣٠ كما عرف الملكية بالمادة ١١ والانتفاع بالمادة ١٣ ، ولم يجر فى تعريفه من طريق تعيين موضوعه [8] ومبلغ قوته وأثره [9] بل اقتصر على القول بأنه تكليف [10] فى منفعة عقار . والتكليف تعبير عام تنطوى تحته صور مختلفة بقدر ما يتراضى عليه أصحاب الشأن من أنواع المنفعة الموجودة للعقار المرتفق

٥ ) وان قيل بوجود شيء من التشابه بنوع ما بين الانتفاع والارتفاق من

(١) Qualité du fonds (٢) Principal (٣) Accessoire
(٤) Usus (٥) Fructus (٦) Passage (٧) Vue
(٨) Objet (٩) Contenue (١٠) Charge

حيث أن للاخير حق استعمال العقار المرتفق به بطريقة ما [١] فانهما يختلفان فى أنه ليس للارتفاق حق استغلال هذا العقار الاخير [٢] أى الانتفاع بمحصولاته وثمراته ولكن يحصل ان الارتفاق قد يجعل صاحبه فى حل من تملك جزء من ثمرات العقار المرتفق به كما اذا كان الارتفاق منصباً على أخذ الرمال اللازمة من العقار المرتفق به للعقار المرتفق فى سبيل ترويج استغلال هذا الاخير واستثماره عند صاحبه . ومن هنا يرى انه قد يدق التمييز احياناً بين الاستعمال اللازم للانتفاع بحق الارتفاق وبين حق الانتفاع ذاته . وتسهل التفرقة اذا تقرر أحد هذين الحقين بعقد بين العاقدين ، اذ يمكن أن يذكر به ما يشير الى دوام الحق واستقراره الخالد بعقار على عقار اذا أريد به ارتفاقاً لا انتفاعاً . وعلى العكس يشار بالعقد الى تعليق الحق بمدة معينة وشخص معين اذا أريد به حق الانتفاع

قلنا ان الارتفاق تكليف لعقار على عقار . أى رابطة تربط عقارين ببعضهما البعض . وليس معنى ذلك ان النتيجة فيه ليست لمصلحة الاشخاص أصحاب العقارات وربما يتقرر لصاحب العقار المرتفق حقوق أمر ونهى نافذة على صاحب العقار المرتفق به . ونريد حينئذ بالقول برابطة بين عقارين ان حق الارتفاق يدوم بدوام هذين العقارين بصرف النظر عما يعترى المالكين من التغيير والتبديل بالبيع والبدل والوراثة . أى سواء كان زيد هو صاحب أحد العقارين وبكر صاحب العقار الآخر فان الارتفاق قائم طالما ان العقارين قائمان ، وطالما انه لم يقع ما ينقضى به الارتفاق بالتقادم وغيره [٣]

هذا ولا محل للقول بوجود الارتفاق الا اذا كان العقار المرتفق والمرتفق به مملوكين لشخصين مختلفين . وأما اذا كانت العقارات مملوكة لشخص واحد فلا محل للقول بالارتفاق لانه يصبح فى حل بحق ملكيته فى أن يعمل ما يشاء فيها من حيث أن أحد العقارين يخدم الآخر بأى وسيلة ما يراها هو [٤] ؛ وفى ذلك

(١) Usage (٢) Jouissance (٣) دى هلس ج ٤ ص ١٩١ ن ٥
(٤) دى هلس ج ٤ ص ١٩٠ ن ٢

يقول الرومان[1] « ليس لاحد ارتفاق على ملكه هو » . والدليل على صحة هذا القول انه اذا انفصل العقاران عن بعضهما البعض بعد أن رتب لها مالكهما من قبل ما شاء من وسائل الانتفاع بهما ، فانه لا يمكن أن يقال بعد الانفصال بأن عقاراً منهما قد انتقصت بعض اجزاء الملكية منه . ولهذه الحالة استثناء يتعلق بما ستراه بعد بشأن الارتفاق بفعل رب الاسرة[2]. والعقار المرتفق اما أن يكون مملوكا للفرد أو مملوكا للحكومة باعتبارها كالفرد فى أملاكها الخاصة . وقد يجوز أن يكون العقار المرتفق هو من العقارات المتعلقة بالمنفعة العامة . ولعل ذلك ما يريد أن تقوله الفقرة الاخيرة من المادة ٣٠ مدنى أهلى ، وهى تلك الفقرة التى لم ترد بالمادة ٥١ مدنى مختلط .

## ٢ ) حقوق الارتفاق من الوجهة الاقتصادية

**٢٨٢** — ان للارتفاق أثراً ظاهراً فى بناء الملكية العقارية من الوجهة القانونية ، وسواء كانت الملكية العقارية للبناء أو للزراعة . ومن شأن حقوق الارتفاق ترويج العقارات وتسهيل وسائل الاستغلال وزراعة الاراضى والعمل على ما يكون منه ذريعة فى زيادة قيمة العقار ورفع ثمنه . ولو أن هذه المنافع لا تحصل الا بعد أن يحمل العقار الآخر المرتفق به بما من شأنه مضايقته فى الانتفاع به ، الا أن الامر ليس من التفاقم والعظم بحيث يخشى منه على العقار المرتفق به ، وبجانب ما يعود من الفائدة الجلى على صاحب العقار المرتفق . فاذا استحال على أرض واسعة الارجاء ريها من ماء بعيد عنها ولا سبيل اليه الا بتمرير مسقاة بأرض الجار لا تتلف عليه اكثر من مسطح أرض زهيد كان من المصلحة العامة أن لا تترك الارض الواسعة بلا استغلال بينما لا يصرف فى سبيل ذلك اكثر من مسطح صغير تدفع قيمته الى صاحبه تعويضاً له . ولهذا تغلب الارتفاقات بين العقارات

---

(١) Nemina res sua servit دى هلس ج ٤ ص ١٩١ ن ٥

(٢) Destinatjon du père de famille

المتجاورة. ولقد عنى الرومان بأمر الارتفاقات وأوسعوا لها فى ابحاثهم مكاناً يتفق مع مالها من الاثر الهام فى بناء الملكية العقارية كما رأينا. ولقد نحا نحوهم مشترعو الوقت الحاضر اذ فسحوا لها هم الآخرون أيضاً مجالا بالقوانين المسطورة. ولما كان للرى شأناً خاصاً بمصر وأخذ يتطور من دور الحياض الى دور المناوبة، وكانت ثروة البلد ترجع لما تخرجه الارض من زرع لا من حجر أو فحم، عنى الشارع بأمر هذا الرى والعمل على تسهيل رى الاطيان البعيدة من مآخذ المياه بالنيل أو بالترع العامة، ووضع لذلك قانونين الواحد بعد الآخر وكان الاخير لاغياً للاول وهو قانون الترع والجسور الصادر سنة ١٨٩٤ وقد راعى ما فيه الكفاية فى حماية الاراضى من العوز للماء والعمل على رفع مايحول دون الاستغلال استغلالا صحيحاً مثمراً

هذا ويلاحظ الناقدون للقانون الفرنسى، أن للارتفاق عندهم حالة قائمة لا تتغير [1] بمعنى أنه اذا تقرر حق الارتفاق فلا يجوز مساسه طول الابد لا بالنقص ولا بالزيادة. ويقررون بأن لحالة عدم التغير هذه منافع ومضار. وربما كان لهذا النقد أثر فى القانون المصرى بما ستراه بعد

**٢٨٣** — اما منافعها فانه لا يجوز لمالك العقار المرتفق العمل على ما فيه من ارهاق العقار المرتفق به من طريق التوغل فى الارتفاق والاكثار منه [2]، كما انه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل من جانبه هو الآخر أيضاً ومن طريق عكسى على الاضعاف من شأن الارتفاق والتقليل منه [3] (المواد ٧٠١ و٧٠٢ مدنى فرنسى واحكامها عامة) فلا يجوز حينئذ لصاحب العقار المرتفق به أن يغير من مكان الارتفاق ولا أن ينقل الارتفاق الى مكان آخر (المادة ٧٠١ مدنى فرنسى وحكمها عام) ولا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يخرج فى طريقة استعماله للارتفاق عن القدر المعين بأن لا يجرى تغييراً أو تعديلا بالعقار المحمل بالارتفاق أو بعقاره

(١) Fixité (٢) Aggravation (٣) Diminution

هو بما ينتهى الى تسوىء حالة العقار المرتفق به (المادة ٧٠٢ مدنى فرنسي وحكمها عام) فاذا كان حق الارتفاق خاصاً بالمرور على الاقدام فلا يجوز المرور بالعربات . وان كان خاصاً بمرور مالك العقار المرتفق وأهل أسرته وخدمته فلا يصح استعمال المرور لاستغلال مصنع مثلا . هذا مع ملاحظة أن حق الارتفاق يشمل دائما ايضاً الحقوق الاخرى التى من شأنها تسهيل استعمال حق الارتفاق فاذا كان الارتفاق خاصاً بحق الارتواء من بئر مملوكة لآخر وجب حتما الاباحة للمرتوى بحق المرور للوصول للبئر (المادة ٦٩٦ مدنى فرنسي وحكمها عام)

هذه الصفة الخاصة بعدم تغيير حال الارتفاق صفة لازمة لابد منها . لان الارتفاق باعتباره تابعاً للعقار المرتفق وظل له [1] ، سواء كان الارتفاق تكليفاً على العقار المرتفق به أو منفعة للعقار المرتفق ، فان للارتفاق أثراً ظاهراً فى تقويم العقار وقدره وعاملا من عوامل رفع ثمنه أو خفضه فى مجال المعاملات بين الافراد فاذا ظل الارتفاق ويد التعديل والتغيير تعمل فيه بالزيادة من طرف وبالنقص من أخرى لترتب على ذلك اضطراب ظاهر فى تقدير ثمنه الامر الذى يترتب عليه اضطراب الحركة الاقتصادية العامة . لذا وجب أن يبقى الارتفاق كما هو لا تعروه الزيادة من جانب ولا يلحقه الانتقاص من جانب آخر لما فى هذا الاستقرار من الطمأنينة فى ثمنه من الوجهة الاقتصادية العامة . ولقد ضرب القانون الفرنسي مثلا لذلك بالمادة ٧٠٠ فاذا اقتسم أصحاب العقار المرتفق هذا العقار بقى حق الارتفاق قائماً لكل جزء من أجزاء القسمة ودون ان يترتب على بقائه تحميل العقار المرتفق به بأكثر مما كان محملا به من قبل . فان كان الارتفاق خاصاً بحق المرور ظل حق المرور قائماً بعد القسمة ينتفع به كل مالك لجزء من أجزاء العقار المرتفق المقتسم . واذا كان الارتفاق خاصاً بحق أخذ الرمال من العقار المرتفق به فلا يجوز للملاك بعد القسمة أن يأخذوا فى مجموع ما يأخذونه بأكثر مما كانوا يأخذونه من قبل عند قيام الشيوع بينهم [2]

(١) دى هلس جـ ٤ ص ١٩٢ ن ٨ مكرر (٢) كابتان جـ ١ ص ٨٣٦

هذا فيما يتعلق بما يعود من المنفعة من عدم تغيير الارتفاق وضرورة بقائه على حالة واحدة

٢٨٤ — **وأما مضار حالة عدم التغيير** : فان فى بقاء الارتفاق على حالة واحدة لا تعتريه زيادة من جانب أو نقص من الجانب الآخر ، ما من شأنه أن يترتب عليه ضرر يذكر . فاذا فرض وكان للعقار المرتفق به أن يستطيع تحمل القيام بعبء الارتفاق وقت انشائه، فانه قد يقع أن يتفاقم العبء ويصبح بحالة لا يستطيع معها العقار المرتفق به القيام به دون أن يضار ضرراً بليغاً يؤثر على كيانه ,وربما يذهب بمنافعه وثمراته . لذا قيل بضرورة بقاء الارتفاق الآن على ما تقرر من قبل والضرر يتفاقم بالعقار المثقل به لترتب على ذلك ضرر كما رأينا لاتشفع فيه منفعة العقار المرتفق فيما اذا أريد الآن تقرير الارتفاع . لذا عالج القانون الفرنسى من شدة هذه الحالة فى موطن من مواطنها . ذلك أنه قرر بالمادة ٧٠١ بأنه مع ضرورة بقاء الارتفاق كما هو بالمكان المعد له ، الا انه اذاظهر فيما بعد بأن العقار المرتفق به قد بلغ به الضرر مبلغاً خطيراً أو ان حالة الارتفاق الجديدة تحول دون أن يستطيع صاحب العقار المرتفق به على العمل من ترميم عقاره ترميما صالحاً له ، جاز وقتئذ لصاحب العقار المرتفق به أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً آخر يجرى فيه الارتفاق بما لا يقل فى الاستفادة عن ذى قبل ولا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يأبى على جاره قبول هذا المكان الجديد

اذا علم ذلك فما هو مبلغ هذه المواد الفرنسية ٧٠٠ و٧٠١ و٧٠٢ من القانون المصرى ولا مثيل لها بنفس القانون المجموع سنة ١٨٧٥ مختلط وسنة ١٨٨٣ أهلى، وما هى آثار القواعد التى قررتها سواء ما كان منها عاماً بالقانون من حيث هو ، أو خاصاً بالقانون الفرنسى ؟

الذى نقول به ان هذه القواعد المدرجة بهذه المواد ٧٠٠ — ٧٠٢ فرنسى انما هى قواعد عامة يصح الأخذ بها فى القانون المصرى المجموع . وعلى ذلك لايجوز لصاحب العقار المرتفق أن يعمل من جانبه على ما فيه من زيادة الارتفاق

فى مصلحته . ولا يجوز أيضاً لصاحب العقار المحمل بالارتفاق أن يعمل على نقص الارتفاق من جهته . وأما من حيث جواز تغيير مكان الارتفاق أو تعديل الارتفاق تعديلا يتناسب مع الحالة الجديدة التى نشأت من حركة التطور الاقتصادى والعمرانى المحلى أو العام ، فانه مما لا يتفق مطلقا مع الاصول العامة للقانون ولروح حق الارتفاق أن تظل الحال القديمة كما هى وقد تغيرت الظروف وتعدلت الشؤون وعلى ذلك لا بد من قبول الدعوى القائلة بتعديل الارتفاق تعديلا يتناسب مع الحالة الجديدة .

ولنا فى تقرير القواعد العامة سند من الاصول العامة للقانون ، ونصوص القانون .

٢٨٥ — *اما من حيث الاصول العامة للقانون* : فان حق الارتفاق انما هو فى أصله اعتداء ، ولكنه اعتداء مشروع ، من مالك على مالك . ويراعى فيه بوجه عام أخف الاضرار الممكنة ( المادة ٣٣/٥٤ مدنى من طريق القياس ) بالرجوع الى الظروف المعروفة وقت تقرير حق الارتفاق . والمفروض أن التعويض ملاحظ فيه قيمة الضرر الحاضر ، والضرر المستقبل المعروف الآن أخذاً بالحاضر . فاذا تفاقم الضرر فيما بعد بحالة لم تكن معروفة وقت تقرير الارتفاق ولم يدخل الضرر ضمن التعويض ، لانه لم يكن معروفا اذ ذاك ، جاز اعادة النظر فى الارتفاق القديم والحديث وفحصه من جديد والنظر فيه بالرجوع الى الاصول العامة فى تقرير حقوق الارتفاق بالعقد أو القضاء . فان جاز التعويض قضى به اذا كان الضرر ليس من التفاقم بما يذهب بكيان العقار المحمل به ، والا منع الارتفاق وزال القديم

٢٨٦ — قلنا بجواز اعادة النظر من جديد عند تغير الحال بما لم يكن بالحسبان لدى طرفى الارتفاق ، وحجتنا فى ذلك نظرية جديدة هى بنت الحرب العالمية[1] ، وهى النظرية الخاصة بتعديل العقود اذا طرأت بعد انعقادها حالات غير عادية

(١) Théorie de l'imprévision

لم تدر بخلد العاقدين وقت انعقاد العقـد[1] الامر الذى جعل القضاء الفرنسى فى أخذه بها أن لا يعول على الاحكام الحائزة لقوة الشىء المحكوم فيه . ولا يمكن مؤاخذة رأينا هذا بأن يقول ناقد بأن عقد الارتفاق انما هو يشـبه من بعض الوجوه العقد الاحتمالى [٢] اذ أن كلا من العاقدين يتحمل الآن وفى المسـتقبل ما يحدثه له من الضرر . والا لو أبيحت اعادة النظر كلما جد جديد لاضطربت الحقوق ولما استقرت على حالة مضطردة من الطمأنينة . والطمأنينة هى من أخص خصائص الحق فى وقت تشعبت فيه الشؤون واختلفت فيه أوجه العقود . نقول لا محل لهذا النقد . لان عقد الارتفاق ليس بالعقـد الاحتمالى المعروف . ولأن اعادة النظر فى عقد سابق اذا جد جديد لا يكون دائما وأبداً . وانما اذا كان الجديد لم يخطر قط ببال العاقدين وقت العقد . أليس نفاذ العقود والتعويض فيه يرجعان أيضاً الى ما هو معروف من القوة القاهرة والحادث الجبرى ، ونعلم بأنهما حادثان ما كانا ليخطرا على بال العاقدين عند انعقاد العقد ؟

انما الحق ينمو فى بيئته التى ظهر بها . وبيئة الحق عقده . والحق والعقد وارادة العـاقدين كل ذلك واحد . ويجب أن لا يخرج الحق عن مبلغ ما أراده كل منهما أليس الغلط والغش مفسدين للحق ، لانهما عابا الارادة فخرجت هذه على عكس ما أثبته العقد ؟ ولم شرع الابطال هنا ؟ أليس لأن الحق الظاهر من العقد لايتفق مع ارادة العـاقد المخدوع أو المخطىء ، ولان الحق الظاهر هو عين الحق الحقيقى المستور ؟ ابطال العقد هنا انما هو بمثابة رجوع فى العقد ، أى اعادة نظر كما نقول هنا . فان اتفق العاقدان من جديد كان به والا فلا عقد ولا حق . اذن تعمل على تكوين الحق تكويناً أصلياً له عوامل جوهرية اكتنفته ، وأهمهـا عامل ارادة العاقدين . ويجب أن لا يتعدى الحق هذه الارادة ، أى مبلغ ما يعلم به العاقدان وقت العقـد . ولا نؤاخذ هنا بأنه اذا أخذ بمذهبنا هذا على اطلاقه فان العقود

---

(١) De la théorie de l'imprévision, par L. Fyot, 1921, p. 202

(٢) Contrat aléatoire

تصبح ولا مستقرلها . لانه ربما أراد البائع أن يبيع لانه اعتقد بان السوق سينزل ثم ارتفع فيعود الى ابطال العقد . وجوابنا أن هذا خلط بين سبب العقد ، وهو عمل قانونى ، لانه هو المباشر ، وبين الباعث للعاقد ، وهو غير المباشر ولا أثر قانونى له

هذا من حيث التعليل العلمى البحت

**٢٨٧ — واما من حيث النصوص** فانقانون الترع والجسور والمساقى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ قد أورد نصوصاً تؤيدنا فيما ذهبنا فيه وقررناه هنا . ذلك أنه قرربانه لا يجوزلمن تعلق للغيرعلىأرضه حقوق ارتفاق كالمساقى والمصارف أن يعمل على ما فيه الاضرار بحق الارتفاق كردم المسقى أو غير ذلك ( المادة ٦ ) وانه يجوز لصاحب حق الارتفاق بمسقى فى أرض الغير أن يطلب توسيع مجرى المسقى الموجودة من قبل اذا لاحظ أن المياه التى تمر منها ليست كافية لرى أرضه ( المادة ١٠ ) . واذا لاحظت الادارة ، وهى مصلحة الرى ، أن مسقى من المساقى الخاصة باعتبارها حق ارتفاق قد أصبحت ولا تؤدى وجه المنفعة المرجو منها بل قد يترتب من وجودها ضرر باراضى الغير جاز ازالتها ( المادة ١٣ ) وتزال أيضاً فيما اذا كان صاحب العقار المرتفق لا يعمل على تطهيرها بما ترتب عليه ضرر للغير ( المادة ١٦ ) ويجوز استبدال المسقى الموجودة من قبل بمسقى أخرى اذا تبين منها تعذر فى الرى ( المادة ١٧ )

وهذه النصوص ترمى فى روحها الى تأييد النظرية المتقدمة وهىأوسع مجالا وأبعد مرمى من النصوص الواردة بالقانون الفرنسى كما رأينا

## ٣) فيما ترمى اليه حقوق الارتفاق العينية

**٢٨٨** — قلنا أن أنواع التكاليف التى تتقرر على الاراضى فىخدمة بعضها البعض على شكل حقوق ارتفاق أنواع عديدة . فمنها ما يكون خاصاً بتقرير حالات

خاصة بين الجيران كارتفاق المرور [1] ، ومنها ما يتعلق بأن يتعهد صاحب العقار المرتفق به من أن يعمل أو لا يعمل عملا معيناً كأن يتعهد بان لا يبنى فى منطقة معينة ومهما اختلفت أنواع هذه التكاليف فان النتائج فيها واحدة . ذلك أن حق الارتفاق بالنسبة للعقار المحمل به لم يخرج عن كونه نقصاً فى هذا العقار وانتقاصاً لحق الملكية فيه وقيمته المالية لما يترتب عليه حتما نقص فى غلته وثمرته العادية . وعلى النقيض من ذلك فانه يترتب عليه زيادة فى قيمة العقار المرتفق

وان كانت حقوق الارتفاق تتقرر بتراضى الافراد وبالعادات المحلية وتثبت أحكامها بهذين المصدرين الاتفاق والعادة ( المادة ٣٠/ ٥١ مدنى و٦٨٦ فرنسى) الا أنها هى الاخرى خاضعة لقيود قانونيـة هامة وردت بالمادتين ٦٣٨ و ٦٨٦ فرنسى باعتبارها قواعدعامة ترجع لاصل الارتفاق وروحه . وهذه القيود ثلاثة :

١ ) ليس من شأن الارتفاق أن يكون راجعاً لميزة يختص بها عقار على عقار ( المادة ٦٣٨ فرنسى )

٢ ) لا يجوز أن يترتب عن الالتزام الخاص بالارتفاق مايتعارض مع المصلحة العامة ( المادة ٦٨٦ فرنسى )

٣ ) لا يجوز تقرير الارتفاق لا ضد الشخص ولا فى مصلحة الشخص بل يقرر الارتفاق لمصلحة عقار على عقار ( المادة ٦٨٦ فرنسى )

## ا — فى قيود حقوق الارتفاق

### ١ — القيد الاول . لاميزة لعقار على عقار

**٢٨٩** — كان الغرض الذى يرمى اليه واضعو القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤

(١) والارتفاق الخاص بزرع الاشجار . اذ يجوز للمالك الذى يغرس أشجاراً بالقرب من حدود ملكه أن يكتسب بوضع اليد مع مضى المدة الطويلة الحق فى ابقاء تلك الاشجار رغماً من أنها ضارة بالارض المجاورة ، باعتبار أن هذه الحالة تعتبر حق ارتفاق ولكن لم ينص عليه القانون بالذات . على أن للجار دائما الحق فى قطع فروع الاشجار التى تمتد فوق أرضه : أسيوط جزئى ٨ نوفمبر سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٣ ص ١٢ عدد ٨ — ٦ أبريل سنة ٩٠٥ ، ١٨ ، ١٨٨ ، مرجع القضاء ص ٢٨٧ ن ٩٣٨

من تقرير هـذه القاعدة أن يقضوا على ما كان معروفاً فى القرون الوسطى من امتيازات عهـد الاشراف والاقطاعات[1] اذ كان لهذا العهد من القواعد المرعية ما يجعل أن تتفاضل الاراضى ازاء بعضها البعض بنسبة ما يتفاضل اصحابها فى الجاه والمركز الاجتماعى . وكان من شأن من يضع يده على أراض خاصة أن يكون له حق السيادة[2] على أراض أخرى بما يبيح له أن يتقاضى من واضعى اليد على هذه الأراضى الاخيرة جعلا[3] ينم عن معنى الاتصال بالخضوع الى من يتولى الجعل ويتملكه . وقد قضت الثورة الفرنسية على هذه الامتيازات الممقوتة . وأصبح للافراد أن يتراضوا كما يشاؤون من تقرير حقوق ارتفاق على أراضى بعضهم البعض بشرط أن لا يترتب على ذلك سوى مجرد نتائج اقتصادية . وأصبحت المساواة فى الشئون السياسية والمساواة فى الاحوال المدنية بعيدة عن أن تكون محلا للالتزام من طريق التعاقد عليها بين الافراد لما فى ذلك من مخالفة النظام العام وهو ما تحظره المادة الاولى من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٦٣٨ منه

## ب — القيـــد الثانى

## النظام العام

**٢٩٠** — هذا القيد الثانى مؤيد بالقيد الاول وبالمادة ٢٨ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية كما ذكرنا . وقد سبق لنا أن رأينا أن التعاقد على ما يخالف النظام بالنسبة للملكية تعاقد غير صحيح فيما يتعلق بشرط عدم التصرف فى الارض[4] . فاذا صح هذا الحظر فانه يصح أيضاً فيما اذا نظرنا اليه باعتباره حق ارتفاق منصب على الارض بطريقة دائمة .

---

(١) Féodalité (٢) Seigneurie (٣) Redevance
(٤) Clauses d'inaliénabilité

## جـ — القيـــــد الثـالث

## لا يقرر الارتفاق

## فى مصلحة الشخص أو ضده

**٢٩١** — ان ما أرادته المادة ٦٨٦ فقرة أولى فرنسى ، مع انه تكرار تقريباً للمادة ٦٣٨ مدنى فرنسى،فى أن الارتفاق لا يتقرر لمصلحة شخص ضد شخص ، هو أن يباح للافراد أن يتعاقدوا على ما فيه اعادة هذه الامتيازات التى كانت معروفة فى عهد الاشراف ، على صورة ارتفاق . وكان يقوم بعبء هذه الامتيازات أفراد ارضاء لشهوات بعض الاشراف اكثر من مراعاة حاجات الاراضى بالذات [1]

هذا هو المعنى السياسى المقصود من المادة ٦٨٦ فرنسى

وهناك معنى آخر لهذه المـادة وهو معناها القانونى والاقتصادى وفيه تبين حقيقة حق الارتفاق . ذلك ان هذه المادة تفيد ايضاً أن التكليف الخالد لا يتقرر على العقار الا اذا كان خالياً من كل اعتبار شخصى للشخص بالذات وهو شخص صاحب العقار المحمل بالارتفاق .ذلك لان التعاقد الشخصى بين الافراد انمـا هو تعاقد يخضع للاحكام العامة الخاصة بنظرية الالتزامات. ومن أخص خصائص الالتزام الشخصى المتولد عن عقد بين شخصين أن لا يكون مؤبداً بل يجب أن يكون معقوداً بوقت معين

ومعنى ذلك: ( ١ ) أن حق الارتفاق لا يتقرر الا فى مصلحة عقار. ( ٢ ) ويتقرر التكليف على أرض ولا يلتزم به شخص. وبيان ذلك ما يأتى :

---

( ١ ) ولهذا السبب استخدم واضعو القانون الفرنسى عبارة Services fonciers ( أى خدمة العقار للعقار ) بدلا من Servitude حتى يقضوا بذلك على آثار ذلك العهد المنصرم

## § ١ — حق الارتفاق

### يجب أن يتقرر لمصلحة عقار

**٢٩٢** — وليس معنى هذا ان صاحب العقار المرتفق لا يستفيد من فوائد الارتفاق والا كان فى ذلك تصريف للقاعدة علىغير معناها وما تريده لان المالكين للعقار المرتفق انما يستفيدون من الارتفاق مع توالى أيديهم على العقار الواحد بعد الآخر ولان الارتفاق من طريق آخر لايتقرر لمجرد تحسين العقار وزينته(١) انما يتقرر لمنفعته ولمنفعته ليس الا (٢) وربما جرى الرومان على هذا الاعتبار كما جرى عليه الآن القانون الالمانى ( المادة ١٠١٩ ) وعلى ذلك يكون المقصود من هذا القيد ان التكليف المقرر على العقار المرتفق به يجب أن يكون بحيث لايمكن لغير مالك العقار المرتفق أن يستفيد منه ولمالك العقار فقط باعتباره مالكا . وهذا هو المستفاد من أحكام القضاء كما سيجيء :

١ . — لامحل للشك فى انه لايجوز للمستأجر لبيت أو لارض أن يقرر على العقار المؤجر له ارتفاقا لمصلحة العقار المجاور . ذلك لانه لو فعل ذلك فانما يفعله باعتباره متصلا بحقه الشخصى المؤقت فله أن يتفق مع جاره على ان هذا الاخير يمر بعقاره . ولكن يجب أن ينقضى حق المرور هذا المؤقت بانقضاء عقد الايجار

٢ . — واذا فرض بأن بائعاً لارض اشترط على المشترى بأن يبنى بها حانا وأن يستورد أنواع المشروبات بطريقة دائمة من أشخاص يعينهم البائع بالذات اذا فرض ذلك وجب اعتبار هذا الالتزام الناشىء عن عقد البيع التزاماً باطلا لان هذا الالتزام عبارة عن تكليف دائم مقرر على عقار لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار(٣)

٣ . — يقع كثيراً فى حالات عدة أن الارتفاق بدلا من أن ينصرف الى

---

(١) Agrément (٢) utilté (٣) د ، ٩١٣ ، ٢ ، ٢١١

زيادة قيمة العقار المرتفق فانه ينصرف فى الحقيقة الى القيام بقضاء الحاجات المنزلية لشخص معين أو لاسرة معينة أو لاى عمل معين . مثال ذلك

ا . — اذا اشترط بائع وابور طحين ( طاحونة ) على المشترى بأن له الحق فى أن يطحن بطريقة دائمة ولغير وقت معين بالطاحونة المبيعة دون مقابل يدفعه للمشترى قمحه اللازم لاسرته ، جاز اعتبار هذا العقد صحيحاً باعتباره تعاقداً على تقرير ارتفاق[1] على أن القضاء الفرنسى اللاحق لهذا القضاء[2] رأى بالعكس أن مثل هذا الشرط لم يخرج عن كونه تعهداً مقرراً لفائدة أشخاص ولكنه محظور بالمادة ٦٨٦ مدنى فرنسى لان الحق فى الطحن لم يكن متصلا ، من جهة البائع ، بعقار معين ، أى انه وجد العقار المرتفق به ولكن لم يوجد العقار المرتفق[3]

ب. — وكذلك الرأى أيضاً بالنسبة لبائع أرض بما عليها من المعصرة المنشأة بها وقد احتفظ البائع بحقه فى أن يعصر بها بطريقة دائمة ولغير وقت معين أنواع الاثمار التى يأتى بها اليها من أى أرض يريد ومهما كانت مقاديرها . وقال فى ذلك القضاء الفرنسى بأنه لا يجوز للبائع الاحتفاظ بهذا الحق باعتباره حق ارتفاق[4].

٤. — وفيما سيأتى من الامثلة القضائية الخاصة بالتكاليف المقررة فى مصلحة الصناعة أو محل تجارى أو أى محل تجارى آخر معد للاستغلال ، فان القضاء الفرنسى قد تناقض مع نفسه

ذلك انه تارة يقول بأن التكليف المذكور لا يعتبر ارتفاقاً. قال ذلك فى حالة تقرر فيها لمالك زراعة صنف عش الغراب[5] الحق فى أن يأخذ الاراضى اللازمة لزراعته فى محجر مجاور لمزرعته[6] وقاله ايضاً بشأن التكليف المحمل به عقار مبيع ، فى أنه لا يجوز للمشترى أن يورد اللازم للمحل التجارى الذى يظهر فيما بعد أنه

---

(١) Stipulation de servitude د ، ٧٥ ، ١ ، ٣٧٢ — س، ٧٥ ، ١ ، ١٠٨
(٢) د ، ٩١ ، ٢ ، ١٨٥ ومقال Dupuich (٣) كابتان ص ٨٣٩
(٤) د ، ٩٠٨ ، ١ ، ٢٧٩ — س ، ٩٠٨ ، ١ ، ٥١١ — س ، ٩١٠ ، ٢ ، ١٣٤
(٥) Champignons (٦) ٩٥ ، ١ ، ١١٨ — س ، ٩٨ ، ٥٣٢١

يزاحم المحل المملوك للبائع [١] وقاله فى الشرط المأخوذ على مشترى الارض فى أن لا يبنى بها فندقا [٢] وقال أخيراً بشأن الشرط المأخوذ على المشترى لقطعة أرض من ضمن انقطع المجزأة [٣] بأن لا يبنى بها مطلقاً وبطريقة دائمة محلا خطراً أو مقلقاً أو مضراً بالصحة [٤]

وتارة يقول القضاء الفرنسي بعكس ما تقدم أى يقول بأن هذا التكليف يعتبر تكليفاً عينياً أى ارتفاقاً صحيحاً مقرراً بطريقة دائمة غير معقودة بزمن معين. قال ذلك فى حالة ما اذا اشترط مالك مصنع زجاج [٥] فى أن يأخذ من منجم مجاور له الفحم اللازم لمصنعه [٦] وقاله فى حالة ما اذا اشترط البائع على المشترى لعقار مجاور لكنيسة قد بنيت بالاكتتاب من الافراد أن لا يعمل بهذا العقار مراقص خاصة أو عامة [٧] وقاله فى حالة بيع صادر من شركة المناجم وخاص ببيع الارض الموجودة فوق سطح المناجم فى أن المشترين وكل مشتر آخر من هؤلاء المشترين يمنع من حق المطالبة بتعويض ما بسبب الضرر الذى يمكن أن يلحقهم من جراء استغلال المناجم استغلالا عادياً ومنتظماً [٨]

وربما كانت حقيقة التعارض فى هذه الاحكام وتناقضها لبعضها البعض انما ترجع لظروف كل دعوى على حدة . والقاعدة الاصلية التى يجب الاخذ بها فى هذه الحالات المختلفة هو أنه يجب التمييز بين حالتين مختلفتين كل الاختلاف . ذلك أنه اذا تبين أن التكليف الذى ارتبط به المشترى ينم عن التزام شخصى، أو أن التكليف عبارة عن حق ارتفاق عينى مقرر بطريقة دائمة على العقار المبيع، فانه يجب البحث دائماً فيما اذا كان هذا التكليف قد تقرر لمصلحة الصناعة أو لاى محل آخر يقوم بالاستغلال ، باعتبار أن هذا التكليف منعزل بنفسه عن العقار المحمل به الآن ،

(١) د ، ٥١ ، ١ ، ١٨٨ — س ، ٥١ ، ١ ، ٥٩٩
(٢) ٩٠٨ ، ١ ، ٤٦٠ — س ، ٩٠٩ ، ١ ، ٢٦٢ (٣) Lotissement
(٤) محكمة بروكسيل فى أول مارس سنة ٩٠٩ ، س ، ٩٠٩ ، ٤ ، ١٥ — راجع العقود للهلالى باك ص ٣٨٦ الهامش ٦ (٥) Verrerie
(٦) د ، ٩٠١ ، ١ ، ٤٥٠ — س ٩٠١ ، ١ ، ١٦٩ (٧) د ، ٩٠٤ ، ٢ ، ١٣٠
(٨) د ، ٩٠٠ ، ١ ، ٣٦١ — الباندكت ٩٠٠ ، ١ ، ٢٤١ ومقال Gény

أو أن التكليف على العكس مما تقدم يجب أن يرمى الى الزيادة من قيمة عقار معين زيادة اقتصادية بنسبة ما يعود عليه من الفائدة على ما يقوم به من الصناعة ، ان كان محلا صناعياً ، أو من التجارة ان كان محلا تجاريا أو أى استغلال آخر . ففى الحالة الاولى يعتبر أن هناك مجرد التزام شخصى . وفى الحالة الثانية يعتبر أن هناك ارتفاقاً . والمسئلة موضوعية ترجع لظروف كل دعوى وللقاضى فى تقديرها سلطان واسع[1]

٢٩٣ — وعلى ذلك وما دام ان محل الارتفاق[2] فائدة[3] أو مصلحة[4] العقار المرتفق فان العاقدين أحرار فى تقرير حق الارتفاق . انما تحد ارادتهم وتقيد وترتفع عنهم حرية التعاقد اذا اتفقوا على ما يخالف كيان حق الارتفاق ذلك الكيان الذى يرجع الى جعل حق الارتفاق حقاً مقرراً لعقار على عقار[5]

وتطبيقاً لهذه القواعد المتقدمة لا يجوز الاتفاق على الزام صاحب العقار المرتفق به ان يقوم بعمل بمثابة ارتفاق فى مصلحة صاحب العقار المرتفق . ذلك لان حق الارتفاق بالنسبة لصاحب العقار المرتفق به حق سلبى . اذ يلتزم جانب السكوت ويترك أمر الانتفاع بحق الارتفاق لصاحب العقار المرتفق ، ولا يعمل شيئاً من جانبه هو[6]

ولكن لما كان للجوار بين الجيران من الشؤون اللازمة لما تدعوه حالة الجوار فانه يجوز لهم الاتفاق فيما بينهم على ان يقوم الجار منهم باجراء عمل مبين فى مصلحة الجار الآخر ، لا باعتبار ذلك حق ارتفاق ، بل باعتباره التزاماً شخصياً بحتا[7] والفرق ظاهر بين حق الارتفاق والالتزام الشخصى . اذ الاول عينى عقارى يتصل اتصالا دائماً بالعقار المرتفق به بصرف النظر عن تغير الايدى على العقار بالتصرف أو الارث . وأما الثانى وهو الالتزام الشخصى فهو على خلافه . اذ

---

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٤٠

(٢) Object (٣) Usilité (٤) Avoutaqe

(٥) دى هلس ج ٤ ص ١٩٩ ن ٢٨ (٦) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ ن ٢٩

(٧) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ ن ٣٠

لا ينتقل هذا الالتزام الى مشترى العقار المرتفق به ، ولا الى مشترى العقار المرتفق أى ان الالتزام هنا شخصى محض لا عينى . أى التزام بين شخصين لمصلحة شخصين لا لمصلحة عقارين

وعلى ذلك يجوز للمالك ان يتفق مع جيرانه على ان يزرعوا جزء من أراضيهم قصباً لتوريده بمعمل السكر الذى يملكه . وينحصر موضوع هذا الالتزام فى ان الجيران يقومون بتغذية معمل السكر بالقصب الذى يزرعونه بأن يوردوه له

هذا الالتزام لا يعتبر مطلقاً حق ارتفاق ، حتى ولو سماه العاقدون حق ارتفاق بل يعتبر التزاماً شخصياً لا يتعدى أشخاص الملتزمين به ، ولا ينتقل هذا الالتزام مع انتقال أرض الجيران فيما اذا تصرف فيها هؤلاء الآخرون بالبيع أو الهبة ، أو انتقلت منهم بالارث . أى ان هذا الالتزام لا تتحمل به أراضى الجيران ، بل هؤلاء الآخرون هم الذين يتحملون به بالذات . أى هو التزام شخصى لا ينصب على عقار وليست له صفة عينية . وجزاء عدم الوفاء به تعويض من المحاكم [1]

على انه يجوز للجيران ان يتفقوا هذه المرة على تقرير حق ارتفاق أى تقرير حق عينى يلزم الارض لزوم الظل للشبح . فلهم الاتفاق على ان الجار يلتزم بأن لا يزرع أنواعا معينة من النباتات الا بعد ترك مسافة معينة من أرضه ، فيما اذا خيف مثلا من هذه النباتات ان تتولد فيها ديدان تؤذى زراعة القطن المزروع بأرض الجار الذى يشترط هذا الشرط لمصلحته . مثل هذا الاتفاق لا يعتبر التزاما شخصياً انما يعتبر اتفاقا على تقرير حق ارتفاق حتى ولو كان معقوداً بزمن معين ، لان دوام الارتفاق لا يعتبر فى ذاته شرطاً لازماً لوجوده [2] وكذلك الحال أيضاً فيما اذا انصرف الاتفاق الى التزام الجار بأن لا يبنى الا بارتفاع معين وبقدر معين ومسافات معينة ، ولو كان الغرض من ذلك منصرفا الى مجرد تحسين حالة الاراضى الاخرى المجاورة المرتفقة ، فان ذلك يعتبر حق ارتفاق صحيح قانونا [3] وعلى ذلك

(١) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ ن ٣٠ (٢) دى هلس ج ٤ ص ٢٠٠ — ٢٠١ ن ٣١
(٣) دى هلس ج ٤ ص ٢٠١ ن ٣١

يعتبر صحيحا وحقاً ارتفاقيــاً قانونياً ، ذلك الشرط الذى تشــترطه شركة أراضى الجزيرة (١) ، وهى أراضى الزمالك ، على الملاك من الشروط الخاصة من حيث تقييد ارتفاع البناء وعدم تعدى البناء نسبة مقررة فى الارض ومن ضرورة مراعاة قيود صحية خاصة فيما يتعلق بالوجهة الصحية ، والحظر على تخصيص البناء لقهاوى أو ملاهٍ أو محلات تجارية . اذ تعتبر هــذه المحظورات تكاليف عينية تتحمل بها الارض المبيعة باعتبارها عقاراً مرتفقاً به فى مصلحة العقارات الاخرى باعتبارها مرتفقة . وعلى ذلك تصبح هذه القيود عالقة بالارض لا تفتر عنها مهما توالت الايدى المالكة لها . ويجوز لكل مالك بالمنطقة حق الاستفادة من هذه المحظورات ، باعتبار ان الشركة عند ما باعت اشــترطت هذه الشروط لمصلحة الآخرين بالنيابة عنهم أى تعاقدت للغير . ويؤخذ فى هذه الحالة بنظرية التعاقد للغير (٢)

## § ٢ — يجب ان يتقرر الارتفاق على أرض لا على شخص

**٢٩٤** — ومعنى ذلك أن الانسان لا يحمل بالتزامات خاصة لمجرد أنه أصبح مالكا لعقار معين ، ويصرف جزء من مجهوداته فى سبيل ارضاء شهوات جاره . نعم قد يجوز أن يتعهد الشخص بأن يقوم بعمل للغير بأن يكون مستأجراً للغير وبذلك يصبح ملتزماً بالوفاء بما اشتغلت به ذمته باعتباره مديناً والمؤجر دائناً له . ولكن هذا الالتزام الشخصى المحض التزام مؤقت بأصله وطبيعته ولا يجوز أن يكون الى الابد ( المادة ٤٠٢/٤٩٠ مدنى و١٧٨٠ فرنسى ) وعلى ذلك ان حظر

---

(١) Cuézireh Land

(٢) Stipulation pour autirui . — الالتزامات ص ١٨٥ ن ١٩٥ وص ١٧٧ ن ١٨٧

اختلف القضاء الفرنسى بشأن حق الصيد والقنص بمثل ما اختلف فى المسائل السابقة . على أنه يجب الرجوع فى جميع الاحوال الى هذه القاعدة العامة الاخيرة التى تقررت بشأن ضرورة التفرقة بين ما اذا كان التكليف يقصد به خدمة العقار بالذات أو خدمة الشخص . فان كان الاول اعتبر ارتفاقا ، وان كان الثانى اعتبر التزاما شخصياً

على المستأجر العامل أن يتعهد على نفسه للأبد فمن باب أن لا يلزم ورثته بهذا التعهد من بعده ارضاء للدائن وورثة هذا الدائن. واذا تعهد شخص بأن يزرع أرض جاره فلا يجوز ان ينصرف التعهد أيضاً الى الابد لنفس السبب المتقدم . ولا يخرج تعهده هذا المؤقت عن كونه التزاماً على نفسه لا ارتفاقا على نفســه لارض جاره . واذا ابتاعت بلدية أرضاً لتنشئ بها مغزلا للأقمشة التيلية وتعهدت للبائع بأن لا تبنى بالارض المباعة محلا تجاريا مشابهاً ومجاوراً للمحل الذى يملكه البائع ، قرر القضاء فى ذلك بأن هذا التعهد لا يعتبر ارتفاقا [1] وعلى ذلك فهو تعهد غير صحيح

هذا ويحصل أن صاحب العقار المرتفق به قد يتعهد بالقيام ببعض الاعمال التى يكون من شأنها تسهيل الانتفاع بحق الارتفاق على مالك العقار المرتفق ، كأن يلتزم مثلا بالعقــد الذى يتقرر به حق الارتفاق بأن يطهر الترعة المارة فى أرضه من ماله ( المادة ٦٩٩ فرنسى ) . وهذا الالتزام نتيجة اتفاق وتراض بين المالكين وهو تراض تابع لحق الارتفاق . ويترتب عليه أن يظل هذا الالتزام قائما بطريقة دائمة يلتزم به صاحب العقار المرتفق به ومن يأتى بعده ممن يتولون الملكية عنه ورثة كانوا أو مشترين أو غيرهم . أى يعتبر هذا الالتزام تكليفاً عينياً [2]

ويترتب على هذا الاعتبار نتيجتان :

أولا — ما دام أن مالك العقار المرتفق به ملتزم بسبب العقار الذى يملكه [3] فاذا أراد أن يتخلى عن هذا الالتزام فما عليه الا أن يترك العقار المرتفق به بعضاً أو كلا الى صاحب العقار المرتفق ( المادة ٦٩٩ فرنسى ) . وربما يكتفى بترك الجزء المحمل بالارتفاق . وبذا يتحرر مما التزم به [4]

ثانياً — اذا مات صاحب العقار المرتفق به فلا ينتقل التزامه المتقدم الخاص بالقيام بما فيه صيانة الارتفاق وحفظه الى ورثته . بل لا يلزم بهذا الالتزام الا من وقع العقار فى يده دون غيره ، حتى ولو كان ذلك بالقسمة [5]

---

(١) د ، ٩٨ ، ١ ، ٣٢٤ — س ، ٩٠١ ، ١ ، ١٣٠ (٢) Charge réelle
(٣) Propter rem (٤) د ، ٩٠٨ ، ١ ، ٣٦٥ (٥) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٤٢

أما المادة الفرنسية هذه التي أباحت جواز الاتفاق بالعقـد المقرر للارتفاق على أن يقوم صاحب العقار المرتفق به بصيانة الارتفاق من ماله، وانه يجوز له فى أى وقت ترك عقاره كلا أو بعضاً فيما تحمل به من الارتفاق لصاحب العقـار المرتفق، هذه المادة لا مثيـل لها بالقانون المصرى فهل يؤخذ بها فى شطريها؟ نقول بصحة الاخذ بالشطر الاول لانه لم يخرج عن كونه مجرد التزام ناشئ عن تعاقد. نعم ولو أن الالتزام من أصله يجب أن يكون مؤقتاً الا أن هذا الالتزام تكليف عينى تابع للارتفاق فيبقى ببقائه ويزول بزواله. وظننا أنه لا ينفذ على العين الا بتسجيله. ولكن هل لا ينفـذ على الملتزم به الا بالتسجيل أيضاً أخذاً بقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣؟ أو بمعنى آخر هل هذا الالتزام حق عينى عقارى باعتباره تابعاً للارتفـاق أم أنه يظل فى جوهره التزاما شخصياً لا يخضع لاحكام التسجيل؟ الذى نقول به أن هـذا الالتزام فى أصله شخصى فهو ملزم لصاحب العقار المرتفق به بلا تسجيل. انما مع اعتباره كذلك فهو لا ينفذ على العين باعتباره متصلا بالعقار المرتفق به وتابعـاً للارتفاق نفسه الا بالتسجيل. ولا يخلو الحال هنا عن واحد من اثنين: اما أن العقد المقرر للارتفاق قد اشتمل أيضاً على هذا الالتزام. وفى هذه الحالة لا ينفذ العقد باعتباره متعلقاً بحق عينى بين العاقدين الا بالتسجيل. ومن باب أولى لا ينفـذ على العين الا بالتسجيل أيضاً. واما أن الالتزام هذا عمل بعقد على حدة بعد العقد الاول. وفى هذه الحالة ينفذ العقد التبعى هذا على طرفيه لانه لم يكن مقرراً لحق عينى وهو الارتفاق حيث تقرر من قبل بعقد انشائه. ولكنه لا ينفذ على العين الا بالتسجيل لانه تابع للارتفاق ولكن أليس يلاحظ هنا أنه من الغريب أن يعتبر الحق الواحد شخصياً بالنسبة للملتزم وعينياً عقاريا بالنسبة للغير؟ وكيف يمكن أن يكون الحق شخصياً وعينياً عقاريا فى آن واحد؟ ربما تزول الغرابة اذا اعتـبرنا شخصية الحق من جهة التزام الملتزم بتعهد خاص من جانبـه واعتبرنا عينية الحق وعقاريتـه من جهة أن هذا الالتزام قد انصب على العقار بالذات مع بقاء اتصاله بالملتزم ولشخصه

هذا بالنسبة للشطر الاول للمادة ٦٩٩ فرنسى . وأما بالنسبة للشطر الثانى فى التجويز لصاحب العقار المرتفق به بالتخلى عن عقاره لصاحب العقار المرتفق فانا لا نستطيع الاخذ به لانه استثناء للقاعدة العامة . اذ الملتزم مكره على ضرورة الوفاء بالتزامه . ولا يصح اعفاؤه من الوفاء الا بنص قانون لاشبهة فيه . وحيث لا نص فلا اعفاء . وعلى ذلك اذا حصل التعاقد بين الجارين على قيام الجار المحمل عقاره بالارتفاق بمصاريف صيانة هذا الارتفاق فلا تبرأ ذمته بترك عقاره كلا أو بعضاً بل يبقى الالتزام عالقا بذمته حتى تبرأ منه هذه باحدى وسائل ابراء الذمة المعروفة قانونا بالوفاء أو بالتقادم أو بغير ذلك

## ٤) فى أنواع حقوق الارتفاق

**٢٩٥** — اذا استحال تعيين اشكال الارتفاق لكثرة أنواعها كما قلنا ، فانه يجوز مع ذلك تقسيمها بوجه عام الى ما يأتى :

**أولا : — الارتفاقات الطبيعية [١] والمقررة قانوناً [٢] والمقررة بفعل الانسان [٣]** : قالت المادة ٦٣٩ فرنسى بهذا التقسيم وهو تقسيم عام يجب الاخذ به هنا أيضاً . وقد لاحظنا عند ما شرحنا الملكية أن النوعين الاولين لا يعتبران فى الحقيقة ارتفاقا انما يعتبران قيوداً قانونية لحق الملكية [٤]. وأما النوع التالث وهو الخاص بالارتفاق المقرر بفعل الانسان فانه ربما اعتبر هو وحده دون غيره ارتفاقا حقيقياً كما يقول بذلك « كولين وكابتان » [٥] أى جزأ من حق الملكية وشطراً منها [٦] ، أى تجزئة للملكية ولكنها تجزئة مشوهة لها ، وأن السبب فى ذلك انما هو الجوار واتصال الجيران ببعضهم البعض

ويدخل فى هذا النوع « الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة » ونظراً لاهميته سنفرد له فصلا خاصاً

---

(١) Servitudes naturelles — (٢) Serv. légales

(٣) Serv. du fait de l'homme — (٤) Restrictions légales

(٥) ج ١ ص ٨٤٣ — (٦) Démembrement

ثانيا . الارتفاقات الخاصة بالابنية [١]، والخاصة بالاراضى الخلوية [٢] . قالت به المادة ٦٨٧ وهو تقسيم عام مأخوذ عن الرومان وكانت له أهمية معروفة لانهم كانوا يلحقون الارتفاقات الخلوية الخاصـة بالاراضى الايطالية بطائفة الاموال النفيسة[٣] أى الاموال التى كانت تلعب فى أزمانهم دوراً هاماً ، من حيث الحركة الاقتصادية المعروفة عندهم ، والتى كان يعنى بها القانون عناية خاصة [٤]

ثالثا — الارتفاقات المستمرة [٥] وغير المستمرة [٦] : قالت به المادة ٦٨٨ فرنسى وقولها عام مأخوذ به هنا . والارتفاق المستمر ليس هو الارتفـاق الذى تستمر فيه بطريقة مطردة مظاهر الارتفاق منفعة [٧] وعملا [٨] ، بل هو ما كان فيه الاستعمال[٩] قائما بطريقة مستمرة أو بطريقة يمكن أن يعتبر فيهـا مستمراً أيضاً دون أن يكون فى حاجة الى أن يتم عليه عمل معين حاضر للانسان[١٠] مثال ذلك ، كما تقول المادة ٦٨٨ فرنسى ، مواسير المياه[١١] والمجارى[١٢] والمطلات[١٣]

وأما الارتفاق غير المستمر فهو ارتفاق لا بد للاستفادة منه من القيام بعمل حاضر للانسان ومن المحتم أن يكون هذا العمل متقطعا [١٤]. مثال ذلك كما تقول المادة ٦٨٨ فرنسى بحكم عام حق المرور [١٥] وغيره

وهناك بعض ارتفاقات ذات خصائص خاصة ترجع للظروف المحيطة بها ، كحق الارتفاق الخاص بالمجرى[١٦] أو بسيل المياه[١٧]. فاذا كانت المياه مياه أمطار اعتبر حق الارتفاق مستمراً لان المياه تسيل دون الحاجة الى عمل ما للانسان . وأما اذا كانت المياه مياهاً متخلفة عن المنازل أو المصانع أو غيرها [١٨] فانها على العكس

---

(١) Serv. urbaines (٢) Serv. rurales (٣) Res mancipi
(٤) راجع مذكراتنا فى القانون الرومانى ج ٢ (٥) Serv. continues
(٦) Serv. discontinues (٧) Utilité (٨) Exercice
(٩) Usage (١٠) كابتان ص ٨٤٣ — دى هلس ج ٤ ص ٢٠٢ ن ٣٥
(١١) Conduites d'eau (١٢) Égouts (١٣) Vues
(١٤) Intermittent (١٥) Dr. de passage (١٦) Serv. d'égoût
(١٧) Serv. d'ecoulements des eaex (١٨) Eaux menageres

من ذلك تعتبر غير مستمرة.[١] لان الانتفاع بمسيل هذا النوع من المياه لا بد فيه من عمل الانسان بطريقة مطردة [٢]

رابعا — الارتفاقات الظاهرة [٣] وغير الظاهرة [٤] : قالت بهذا التقسيم العام المادة ٦٨٩ فرنسى . فالاولى ما نمت عليها فى الخارج اعمال ظاهرة مرئية كالقناة المبنية لسيل المياه [٥] والشبابيك والابواب والمنفذ الضيق المرصوف بالاحجار[٦]. والارتفاق غير الظاهر هو ماكان على عكس ما تقدم لم ينم عليه فى الخارج عمل ظاهر مرئى للعيان. كحق الارتفاق الخاص بالتعهد بهدم البناء، أو بالتعهد بالبناء لارتفاع معين. ويحصل أحيانا أن يكون الارتفاق جامعاً بين صفتى الظهور وعدم الظهور، كما يقع ذلك فى الارتفاق الخاص بالمرور. اذ يعتبر غير ظاهر اذا حصل المرور باختراق الغيطان . ويعتبر ظاهراً اذا دل عليه باب مفتوح أو نم عنه منفذ ضيق مرصوف بالحجارة[٧]

وسنرى اهمية هذا التقسيم عند ما نتكلم فيما بعد على كيفية اكتساب أو زوال هذه الارتفاقات المختلفة بمضى الزمن أى بالتقادم، من طريق الانتفاع بها أو عدم الاستعمال

خامسا : الارتفاقات الموجبة [٨] والارتفاقات السالبة [٩] : لم يأت بها نص بالقانون الفرنسى ولا القانون المصرى. فالموجب منها ما تعلق بعمل يقوم به صاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به ، كحق المرور . والسالب ما انتفع فيه الشخص بامتناع صاحب العقار المرتفق به عن القيام بعمل ، كالتعهد بعدم البناء. ويلاحظ أن الارتفاقات السالبة تعتبر ظاهرة وغير مستمرة

---

(١) وتسمى Serv. d'évier ومعنى Evier أى قناة صغيرة لسيل مياه المطابخ

(٢) د ، ٧٦ ، ١٠ ، ٥٠٤ — س ، ٧٧ ، ١ ، ٧٤ كابتان ص ٨٤٣

(٣) Serv. apparentes (٤) Serv. non apparentes

(٥) Aqueduc (٦) Sentier empierré (٧) كابتان ص ٨٤٣ .

(٨) Serv. positives (٩) Serv. négatives

## فى حق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة

**٢٩٦** — حق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة [١] هو ذلك الحق الذى يقرره مالك واحد لعقارين متلاصقين بحيث اذا امتلكهما مالكان مختلفان اعتبر حق ارتفاق صحيح . أو هو ذلك الحق الذى يقرره مالك واحد على جزءين مكونين لعقار واحد ، حتى اذا ما ملكهما شخصان مختلفان بأن ملك كل منهما جزءاً من الجزءين ، اعتبر هذا الحق حق ارتفاق صحيح أيضاً . وفى الحالتين لا يعتبر الحق قبل تملك العقارين أو جزءى العقار الواحد لمالكين مختلفين حق ارتفاق لانه « لا يجوز أن يكون للانسان حق ارتفاق على عقاره[٢] ولكن اذا امتلكهما مالكان اعتبر الحق حق ارتفاق صحيح

مثال ذلك : **الحالة الاولى** . رجل يملك أرضاً زراعية وجعل الجزءالشرقى منها يروى بواسطة الجزء الغربى . ومات فورثه ولدان له . فمن وقع الجزء الغربى بنصيبه اصبح ملزماً باحترام حق الشرب المقرر من قبل . وأصبح حق الشرب هذا حقاً ارتفاقياً مقررا لصاحب الارض الشرقية

**الحالة الثانية** : رجل يملك منزلين متجاورين جعل للاول منهما منافذ تطل على رحبة خاصة بالبيت الثانى . ثم باع المنزلين لمشتريين مختلفين فيصبح مشترى المنزل الاول فى حل من الانتفاع بالمنافذ المطلة على المنزل الثانى دون أن يستطيع مشترى المنزل الثانى الاحتجاج على الاول

والعلة فى وجود حق الارتفاق قائما بعد بيع العقار لمشتريين مختلفين هى أن المشتريين وجدا العقارين بحالة خاصة عند شرائهما لها دون أن يبدى أى واحد منهما رغبة فى ادخال أى تعديل ما على تلك الحالة . وعلى ذلك نرى أن العلة الصحيحة فى وجود حق الارتفاق لا ترجع فى الحقيقة الى عمل رب العقارين قبل بيعه لهما ، انما ترجع الى رغبة المشتريين فى انهما رضيا أن يشتريا العقارين بالحالة التى

---

(١) Destination de pére de famille (٢) Nemini res sua servit

كان العقاران عليها وقت الشراء . أى العلة فى حق الارتفاق هى التراضى الضمنى للمشترين [1] وهذه الحالة المقررة للعقار على العقار فى يد المالك الواحد لا تعتبر حق ارتفاق خاضع للتسجيل، ذلك لانه حق مستور ولان التسجيل يستدعى حتما الكتابة ، ولا محل للكتابة فى هذه الحالة مادام العقاران مملوكين لمالك واحد [2]

**فى شروط هذا الحق** : الشروط اللازمة للاخذ بحالة كان عليها عقاران مملوكين لمالك واحد باعتبارها حق ارتفاق فيما بعد اذا ملكهما مالكان مختلفان هى :

**الشرط الاول** : يجب أن يثبت أن العقارين المنفصلين الآن كانا مملوكين لمالك واحد (المادة ٦٩٣ مدنى فرنسى وحكمها عام . ونصها ما يأتى : « لا يعتبر ان هناك حق ارتفاق بعمل رب الاسرة الا اذا ثبت أن العقارين المنفصلين الآن كان يملكهما مالك واحد وانه هو الذى قرر لهما تلك الحالة التى اعتبرت حق ارتفاق » )

**الشرط الثانى** : يجب أن يثبت أن حالة الارتفاق هذه هى التى أوجدها المالك الاصلى ( المادة ٦٩٣ المذكورة ) أو أنه أيد هذه الحالة فيما اذا فرض واشترى هذا المالك العقارين من قبل وكان لاحدهما حق ارتفاق على الآخر. اذ فى جميع هذه الاحوال يجب اعتبار هذه الحالة ، بعد تملك العقارين لمشتريين مختلفين ، حق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، لانه هو الذى أوجد هذه الحالة أو أقرها بعد وجودها من قبل

**الشرط الثالث** : يجب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً . والا اذا لم يكن ظاهراً فان الخفاء فيه يكون مدعاة لادخال الخدعة والغش على الغير . وظهور الحق للمشتريين مما يؤكد ما قلناه بأن حقيقة حق الارتفاق هذا لا ترجع الى فعل المالك لهما من قبل ، بل الى التراضى الضمنى للمشتريين وقت الشراء فى انهما

---

(١) كابتان ص ٩٧٩ (٢) محكمة أجين Agen فى ٩ ابريل سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠٧ ، ٢ ، ١٩٦

لم يريدا ادخال أي تغيير ما على حالة العقارين المعروضين عليهما بحالة خاصة وقت الشراء

ويجب ملاحظة فوق ما تقدم ما يأتي أيضاً :

١ ) يجب أن لا يستفاد من الظروف التي اكتنفت بيع العقارين منفصلين ما من شأنه أن يتعارض مع الحالة التي هي عليها العقار . أي يجب أن تكون ظروف الشراء مؤيدة للتراضي الضمني للمشتريين في مشترى العقارين بالحالة التي هي عليها . ويجب أن يكون هذا التراضي الضمني مما يتفق مع الحالة الخاصة للعقارين مع ضرورة ملاحظة ظروف هذه الحالة الخاصة وكيف نشأت في مناسبات معينة وعلى ذلك اذا فرض وكان المالك لمنزلين متلاصقين قد سكنهما معاً وفتح بالحائط المشتركة بابا يصل المنزلين بعضهما البعض ، ثم باعهما لمشتريين مختلفين ، فلا يمكن في هذه الحالة أن يقال بأن هناك حق ارتفاق موجوداً بعد حصول صفقتي الشراء ذلك لان الباب انما فتح لمناسبات خاصة لاتدرك الا في حالة ما اذا كان المالك واحداً . وانه لا يمكن مطلقاً القول ببقاء الباب المشترك بعد بيع العقارين لمالكين مختلفين [1]

٢ ) يشترط فيمن يشترى العقار المرتفق به أن يكون أهلا لتقرير الارتفاق على عقاره لمصلحة الغير ، أي يكون أهلا للتصرف في العقارات [2]

**٢٩٦ مكرر — ( ١ ) — وما هي اذن حقوق الارتفاق المقررة بمعرفة رب الاسرة ؟** — يظهر لنا مما تقدم أن حقوق الارتفاق هذه هي الحقوق الظاهرة سواء كانت ظاهرة متقطعة كحق المرور في طريق مرصوف أو كانت ظاهرة مستمرة كحق النظر من نافذة . ولا يمكن أن يتقرر حق الارتفاق بين المشتريين المختلفين الا اذا كان كل منهما يعلم من قبل بوجود هذه الحالة وقت

(١) د ، ٧٨ ، ١ ، ٦٩ — س ، ٧٦ ، ١ ، ٢٠٤ — انظر تعليقا هاماً لبواستيل Boistel على حكم دائرة العرائض الفرنسية في ١٠ نوفمبر سنة ٩٧ س ، ٩٠٠ ، ١ ، ٣١٠ — د ، ٩٨ ، ١ ، ١٧٧ في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة — كابتان ص ٩٨٠

(٢) وهذا هو رأى كابتان وكولين ص ٩٨٠

الشراء . والا اذا كانت هذه الحالة مستورة فى عالم الخفاء ولا يعلم بها المشتريان فلا يكون هناك حق ارتفاق ما بعد الشراء ، لانهما يفاجئان وقتئذ بما لا يعلمانه من قبل . وفى ذلك تقرر المادة الفرنسية ٦٩٤ وحكمها عام ما يأتى : « اذا تصرف المالك للعقارين فى أحدهما وكان يوجد بينهما من قبل ما يدل على حالة ارتفاق ظاهر ، وكان عقد تصرفه خلواً من أى شرط يتعلق بهذا الارتفاق الظاهر ، ظل هذا الارتفاق باقياً باعتباره موجباً بالنسبة للعقار المرتفق وباعتباره سالباً بالنسبة للعقار المرتفق به »

الا أنه قد لوحظ فى القانون الفرنسى أن هذه المادة ٦٩٤ قد تعارضت مع المادة ٦٩٢ اذ قررت هذه الاخيرة قاعدة مختلفة للقاعدة السابقة حيث قالت ما يأتى : « ان تقرير رب الاسرة للحالة الخاصة بين العقارين يعتبر سنداً [1] فى تقرير حقوق الارتفاق المستترة والظاهرة » وقد أثار هذا الاختلاف الحاصل بين هذين النصين ثائرة الشارحين والقضاء فأوسعوا له فى مجالات ابحاثهم مكانا فسيحاً وأخذوا يتلمسون وسائل يعملون بها على التوفيق بين هذا التناقض الظاهر . وأسفرت هذه المجهودات على مذهبين لا نرى بدا من الاشارة اليهما وهما مذهب القضاء البلجيكى ومذهب القضاء الفرنسى

**٢٩٦ مكرر (٢) — مذهب القضاء البلجيكى** : لكل نص من هذين النصين مجال تطبيق خاص به . ذلك أن المادة ٦٩٢ فى اشتراط الظهور والاستمرار لحق الارتفاق فى آن واحد انما أرادت بذلك أن تعالج حالة خاصة . وهذه الحالة هى تلك الحالة المتعلقة بالكيفية التى وجد عليها والتى قررها بالذات نفس المالك الاصلى للعقارين . وأما المادة ٦٩٤ فانما تتعلق بحالة أخرى وهى كون المالك لم يقرر حالة الارتفاق من نفسه انما وجد حالة الارتفاق قائمة من قبل فأقرها . أى انه عند ما اشترى العقارين وجد بهما حالة ارتفاق فابقاها بعد شرائه قائمة بينهما ولما أصبح مالكا للعقارين فقد زال حق الارتفاق بالجمع [2]. ولكن تعود حالة الارتفاق

---

(١) titre (٢) Confusion أى جمع العقارين بيد واحدة

للظهور باعتبارها ارتفاقا اذا تصرف فى العقارين لمالكين مختلفين [1]

ويستند هذا الرأى الى صيغة المادة ٦٩٤ فى قولها «ظل هذا الارتفاق باقياً» وهو قول لابد وان ينصرف الى عقارين كانا منفصلين من قبل . ويستند أيضاً الى الاعمال التحضيريه للقانون الفرنسى [2]

ولكن يظهر أنه ليس من السهل الوقوف على السبب الصحيح فى التفرقة بين النصين . ذلك لانه من الصعب أن يرى هناك مبرراً فى أن الشارع يقسو فى الحالة الاولى دون الحالة الثانية . لان الذى يعول عليه فى هذا الشأن ليس هو الغرض الذى كان يرمى اليه المالك وقت تقرير حالة الارتفاق الخاصة بين العقارين ، انما هو الغرض الذى يرمى اليه المالك وقت تقسيم العقارين ، أى وقت التصرف فى كل منهما على حدة

**٢٩٦ مكرر (٣) — مذهب القضاء الفرنسى** : يمتاز هذا المذهب عن السابق فى ميزات ثلاثة فى أنه معقول أكثر وانه مطابق لنص المادتين ٦٩٢ و٦٩٤ مدنى فرنسى وأنه مطابق للتقاليد والعادات المقررة من قبل . ويقرر هذا المذهب بأن السبب الصحيح فى تقرير هذا النوع من الحقوق الارتفاقية انما هو ارادة المتعاقدين أى أن المشترين اللذين وقت أن تعاقدا مع المالك الاصلى أراد كل منهما شراء عقاره بالحالة التى وجده عليها وقت الشراء . أى رضيا بما كان عليه العقاران من قبل، أى قبل شرائهما ؛ ولم يبديا ما من شأنه أن يرغبا فى زوال هذه الحالة ، أو ما من شأنه أن يعتبرا هذه الحالة من حالات التسامح بين الجيران

هذا التعليل لم يخرج عن كونه تعليلا افتراضيا قد لايتأيد أو يتأيد بالطرق الخاصة بكل واقعة على حدة . على انه يجب التمييز على كل حال بين فرضين مختلفين : أولا . اما أن المشترى يستطيع تقديم العقد الخاص بفصل العقارين عن بعضهما البعض ( أى عند شرائه ) وكان هذا العقد خلواً من أى عبارة تشير الى وجود

---

(١) النقض البلجيكى فى ٢٩ يونيو سنة ٩٠٥ س ، ٩٠٩ ، ٤ ، ٤

(٢) مجموعة فنيه Fenet مجلد ١١ ص ٣٢٧

حق الارتفاق . وهنا يجب الاخذ بالمادة ٦٩٤ وعلى الاخص بالعبارة الواردة بها والقائلة « وكان عند تصرفه خلواً من أى شرط يتعلق بهذا الارتفاق الظاهر » لان عدم الاشارة بعقد التصرف الى حق الارتفاق قرينة على وجود حق الارتفاق اذا لاحظنا على الاكثر انه حق ارتفاق ظاهر . ثانيا . واما على العكس لا يستطيع المشترى تقديم عقد فصل العقارين عن بعضهما البعض . وهنا يدل القول وتضعف الادلة المؤدية لوجود حق الارتفاق . انما يمكن القول هنا على كل حال بأنه لا بد من القول بحق الارتفاق اذا كان قد استحال تفسير الحالة الموجودة عليها العقارات تفسيراً يتفق مع أعمال التسامح ، وترتب على هذه الاستحالة ضرورة القول بأن الحالة حالة حق ارتفاق لا حالة تسامح . وهنا يؤخذ بالمادة ٦٩٢ مدنى فرنسى[1]

**٢٩٦ مكرر (٤) — *القانون المصرى وحق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة*** : لم يوجد نص بالقانون المصرى يقرر هذا الارتفاق . ولعل السبب فى ذلك هو أن الشارع المصرى لم ينهج منهج الشارع الفرنسى فى تقرير هذا الاخير للوسائل التى تتقرر بها حقوق الارتفاق . اذ قرر الشارع الفرنسى أنها تتقرر بالوسائل الثلاثة الآتية : اما بالرجوع الى حالة وجود العقارات المرتفقة والمرتفق بها ، واما أن تتقرر بحكم القانون نفسه ، واما أن تتقرر بفعل الانسان . وفى هذه الحالة الاخيرة اما أن تتقرر بعقد بين صاحبي العقارين واما بمضى المدة أى بالتقادم . ويلحق بالعقد حالة تقرير حق الارتفاق بمعرفة رب الاسرة ، على شرط أن يكون حق الارتفاق ظاهراً

واذا كان لم يوجد نص بمصر يبيح الاخذ بحق الارتفاق هذا فهل يترتب على ذلك عدم الاخذ به ؟ نقول لا ، ذلك لاننا لاحظنا عند ما أردنا البحث فى العلة القانونية الصحيحة لهذا النوع من حق الارتفاق بالقانون الفرنسى ، اذ العلة الصحيحة فيه هى نية المتعاقدين عند الشراء . وذلك أن المشترى انما يشترى

(١) د ، ٩٠٧ . ١ ، ١٠٠ — س ، ١٠٧ ، ١ ، ٢٨٤

العقار ويقبل دخوله فى ماله وهو بالحالة التى اشتراه بها . فاذا كان للعقار طريق يمر منه الانسان على العقار المجاور للعقار المبيع والمملوك لنفس البائع فالمفروض هنا أن المشترى اشترى وهو يعتقد بقاء حق المرور بعد الشراء . والا لوكان يعرف بأن حق المرور يزول بعد الشراء ( أو أى حق آخر كحق المطل وغير ذلك ) فانه يمتنع وقتذاك عن الشراء . وعلى ذلك يمكننا القول بأن تقرير حق الارتفاق هذا انما يرجع الى غرض المتعاقدين . واذا كان الامر كذلك فهو حق يرجع للتعاقد بوجه عام والى مبلغ ما أحاط ايجاب وقبول العاقدين من الظروف المختلفة [1]

هذا وقد أقر القضاء المصرى هذا الارتفاق ايضاً برغم عدم وجود النص عليه على شرط أن يكون الارتفاق ظاهراً غير مستتر [2] ويجب على من يدعى بحق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الاسرة ، مع عدم النص بعقده المملك له على هذا الحق ، أن يقيم الدليل على ما يأتى: ( ١ ) حق الارتفاق هذا حق ظاهر. —(٢) ان العقار المملوك له وهو العقار المرتفق كان من قبل مملوكا مع العقار المرتفق به لمالك واحد ، وان هذا المالك هو الذى قرر أو أقر هذه الحالة الارتفاقية . — ( ٣ ) وان هذه الحالة كانت موجودة فعلا بين العقارين وقت شراء المشترى للعقار المرتفق [3]

اذا علم ذلك أمكننا القول بأنه يجب الاخذ بمصر بصحة حق الارتفاق المقرر بمعرفة مالك العقارين من قبل برغم عدم النص على ذلك ، باعتبار أن تقرير هذا الحق الارتفاقى انما يرجع الى الرضاء الضمنى للعاقدين وقت التعاقد، على شرط أن يكون ظاهراً . وعلى ذلك لا نرى محلا للدخول فى هذه المناقشات التى قامت فى القضاء البلجيكى والقضاء الفرنسى بشأن التحايل على رفع التناقض الظاهر بين النصين الفرنسيين ٦٩٢ و ٦٩٤ من قانون نابليون

(١) راجع دى هلس ج ٤ ص ٢٠٦ ن ٤٩
(٢) استئناف م ٤ فبراير سنة ٩٧ م ت ق ، ٩ ، ١٤٨ — ١٢ ، ٣٤ — ١٧ ، ١٨٨
(٣) استئناف م ٢٦ ديسمبر سنة ٩١٢ م ت ق . ١٥ ، ٩٣

# فى اكتساب الحقوق العينية

## فى وسائل الاكتساب

**٢٩٦** مكرر (٥) — أفرد الشارع الباب الخامس من القانون المدنى بعنوان « فى أسباب[١] الملكية والحقوق العينية » وعين بالمادة الاولى منه وهى المادة ٤٤/٦٦ هذه الوسائل اذ قررت ما يأتى : « تكتسب الملكية والحقوق العينية بالاسباب الآتية وهى : العقود[٢] والهبة[٣] والميراث والوصية[٤] ووضع اليد[٥] واضافة الملحقات للملك[٦] والشفعة[٧] ومضى المدة الطويلة[٨] » ويلاحظ أن هذه الوسائل لا تتمشىٰ فقط على الحقوق العينية وانما تتمشى أيضاً على حقوق الاستدانة أو حقوق الدائنية[٩] وبوجه عام تتمشى على كل ما يدخل فى مال الانسان . واننا الآن نأخذ فى بيان كل وسيلة منها على حدة ومبلغ آثارها فى التشريع والقضاء والفقه

## فى الاستيلاء

### ١ ) الاحكام العامة للاستيلاء

**٢٩٧** — الاستيلاء[١٠] هو الوسيلة التى يمكن بها اكتساب الملكية شىء غير مملوك لاحد من الناس أو انه لا يوجد أحد يدعى ملكيته له، ويكون الاستيلاء.

---

(١) Des modes d'acquérir (٢) Conventions (٣) Donations
(٤) succession et testament
(٥) Appropriation, c'est-à-dire par occupation (٦) Accession
(٧) Préemption (٨) Prescription (٩) Droits de créance

(١٠) رأينا الاخذ بهذه الكلمة « الاستيلاء » وهى التى قال بها فتحى باشا زغلول ص ٦٥ بدلا من التعبير الذى استعملته المادة العربية حيث قالت « ووضع اليد » لما فى هذا التعبير الاخير من الخلط فى اللفظ بين الاستيلاء المعبر عنه بكلمة occupation أو appropriation بالنص المصرى فرنسى الوضع ، وبين وضع اليد possession لان لكل منهما أركانا خاصة وقواعد مستقلة

بوضع اليد[1] المصحوب بنيـة التملك[2] ويقول فتحي باشا زغلول « الاستيلاء هو حيازة مال مباح بقصد امتلاكه » [3] وتقول المادة ٥٦/٧٩ مدني ما يأتي :
« الاموال التي ليس لها مالك تعتبر ملـكا لاول واضع يد عليها »

وكانت هذه الوسيلة في اكتساب الملكية في الازمنة السابقة عند الجماعات القديمة ذات أهمية خاصة لما كانت هذه الجماعات لم يصل بهـا حد الرقي واتسـاع المدنية الى ما نراه اليوم عند الشعوب المتمدينة الحاضرة . وربما كان من شـأن المادة ٥٧ / ٨٠ مدني القائلة بأن الاراضي غير المزروعة ملك الحكومة ؛ أو أن الاشياء التي لا مالك لها فهي ملك للحكومة ( المادة ٧١٣ فرنسي ) أن تجعل الشك يحوم حول وجود هذه الوسيلة بالقانون من ضمن وسائل اكتساب الملكية . على أنه لا محل لهذا الشك طالما أنه توجد أشياء في كل عصر وفي كل جماعة غير مملوكة لأحد[4] فالأسماك في البحار والطيور في الجو ، لا تعتبر ملـكا للحكومة قبـل صيدها وقنصها

ويترتب على القول بأن الاشياء التي لا مالك لها تعتبر ملـكا للحكومة ما يأتي :

١ ) اذا وجدت مجموعة من الاشياء مكونة لثروة شخص ووجدت ولا مالك يدعيها، وجب اعتبار الحكومة مالـكة لها . ولا يجوز للفرد أن يتملكها بمجرد الاستيلاء عليهـا . وربما كانت هذه القاعدة نتيجة من نتائج القـاعدة المقررة بالشريعة الاسلامية بأن الوالي وارث لمن لا وارث له . فاذا وجدت تركة لا وارث لها [5] أصبحت ملـكا للحكومة . وكذلك الحال أيضاً بالنسـبة للاموال المملوكة لأشخاص معنوية اذا عفا أثرها وزالت من عالم الوجود القانوني

٢ ) من المقرر أن أي عقاراً من العقارات المملوكة بطبيعتها للافراد لا يمكن أن يصبح بوجه عام من الاشياء التي لا مالك لها . لأنه اذا تركه مالـكه أصبح العقار ملـكا للحكومة [6] ولعلنا نذكر ما قلناه بشأن الملكية قبل وضع القوانين

---

(١) Prise en possession (٢) كابتان ص ٨٥٠ (٣) ص ٦٥
(٤) Res nullius (٥) Succession vacante (٦) كابتان ص ٨٥٠

المصرية بمواد فى مجموعات خاصة [1] سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ أنه كان من المقرر بأن من لم يستطع دفع الاموال المطلوبة تؤخذ منه أرضه وتعطى للغير وترد اليه اذا وفى المال . ( وكان ذلك حاصلا بفرنسا أيضاً عقب الثورة الفرنسية ) ولكن ربما كان ذلك يرجع الى أن الرقبة مملوكة للحكومة وأما المنفعة فللافراد . وبناء على ما تقدم يجوز القول بأنه لا يمكن اعتبار الاستيلاء أداة لاكتساب ملكية عقار الا خارج مصر . على اننا قد لاحظنا عند ما تكلمنا على قيود الملكية أنه يجوز للفرد أن يتملك أرضاً بائرة مملوكة بطبيعتها للحكومة ، ويتملكها بشروط خاصة وردت بالمادة ٥٧ / ٨٠ مدنى وقد شرحنا ذلك بمكانه

وأما الاستيلاء فى تملك المنقول فله أهمية خاصة وله صور مختلفة وهى :

## ٢ ) فى الاستيلاء البسيط

**٢٩٨** — الاستيلاء البسيط هو مايتعلق بتملك الافراد للأشياء التى لا مالك لها وكان استعمالها حراً للجميع ( المادة ٧١٤ فرنسى وحكمها عام ) مثل مياه البحار والانهار والحشائش الموجودة على شواطئ البحار. وقد رأينا أن تملك مياه النيل والترع العامة انما يرجع لنظام خاص هو نظام الرى والمناوبة ، بحيث يعتبر المخالف لقيود هذا النظام أنه قد اعتدى على حق مكتسب للغير . وليس من شأن هذا النظام فى قيوده الحجر على هذه الملكية العامة انما الغرض منه تنظيمها وتقرير أصولها فى أحكام هذه الحرية حتى لايعبث بها العابثون

## ٣ ) الصيد والقنص

**٢٩٩** — ان للصيد والقنص نظاماً يرجع للوائح الموضوعة له . وفى ذلك تقول المادة ٥٩ / ٨٣ مدنى و ٧١٥ فرنسى ما يأتى : « يتبع فى حقوق الصيد فى البر والبحر [2] منطوق اللوائح المخصوصة بها » فمن أخذ التزاماً بصيد الاسماك

(١) Codes

(٢) Pèche et. . . . la chasse

في بركة للحكومة أو منطقة خاصة بترعة عمومية اعتبر السمك الموجود بها مملوكا للملتزم حتى ولو لم يصده بعد[1] فاذا جاء واعتدى مغتد وحاول الصيد بها وجب اعتباره سارقاً لأشياء مملوكة للغير . واذا تسرب السمك من المنطقة المعينة للصيد وخرج عنها فلا يعتبر ملكا للملتزم [2] أما اذا اصطاد الناس بالبحار والانهار من غير طريقة الالتزام فلا يعتبر الصائد للاسماك مالكا لها الا بصيدها فقط وظهورها بحيازته . وكذلك الصائد للطيور فيعتبر مالكا لها لمجرد ان أصابها وسقطت ، أو طار الطير بعيداً ثم سقط ، الا اذا طال طيره وامتد بعده . واذا أفلت السمك أو الطير بعد صيده من يد الصائد عاد حراً للناس جميعاً

## ٤ ) في العثور على الاشياء

**٣٠٠** — هذه الطريقة طريقة العثور على الاشياء [3] تتعلق بالعثور على شيء لم يكن له مالك معروف ، وربما لا تعتبر هذه الحالة استيلاء بل تعتبر نقلا للملكية من طريق القانون ، الا اذا كانت نية المالك الاصلي للشيء منصرفة الى اهمال وترك أي حق له عليه ، اذ في هذه الحالة يعتبر من الاشياء التي لا مالك لها

وهناك صور مختلفة للعثور :

**٣٠١ — أولا — الكنز** [4] : هو « كل شيء مخبوء [5] أو مدفون [6] لم يدع أحد ملكيته له ويكون العثور عليه بوجه الصدفة » ( المادة ٧١٦ فرنسي وحكمها عام ) وعلى ذلك فشروط الكنز هي :

ا . — أن يكون منقولا : فلا يعتبر كنزاً القطعة من الخشب المحلاة بنقوش خاصة [7]

---

(١) والالتزام أو حق الصيد هو عبارة عن بيع أمل الحصول على منفعة في المستقبل ولا يعتبر ايجاراً . ويلتزم الملتزم بالثمن المربوط ولو لم ينتفع من الشيء الذي التزمه : استئناف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ ح ١١ ص ٤١

(٢) الحقوق ٢٩ ص ٦٦ (٣) Invention

(٤) Trésor (٥) Cachée (٦) Enfouie (٧) Mosaïque

ب . — أن يكون الشيء مخبوءا أو مدفونا ، وسواء كان ذلك بالارض أو بغيرها وسواء كانت التخبئة قديمة أو حديثة [1]

ج . — أن يكون الكنز شيئاً لم تثبت ملكيته لاحد . والاثبات جائز بجميع الطرق القانونية الممكنة

د . — أن يكون العثور عليه بالصدفة

وما حكم الكنز المكتشف ؟ تقول المادة ٥٨/٨١ مدني ما يأتي . « المال [2] المدفون في الارض الذي لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الارض . — واذا لم يكن للارض [3] مالك كان المال المذكور لمن وجده . وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها [4] » أما القانون الفرنسي فانه يجعل الكنز لمن وجده بأرض مملوكة له . أما اذا وجده غير مالكه فله فيه النصف وللمالك النصف الآخر ( المادة ٧١٦ ) . — واذا كانت الارض المدفون بها الكنز مملوكة للحكومة أو مخصصة للمنافع العامة اعتبر الكنز ملكا للحكومة .

وللشريعة الاسلامية أحكام خاصة فيما يتعلق بالمعادن المركوزة بالارض المملوكة للافراد أو للحكومة . ولها أحكام بالنسبة للكنز المدفون بالاراضي المباحة أو الجبال ، وان كان بالكنز علامة أو نقش عملته الجاهلية أو نقش من النقوش الاسلامية ( المواد ١٤٨ و١٤٩ من مرشد الحيران ) [5] وتقرر الشريعة أن

---

(١) فاذا وجدت أكياس مملوءة بالنقود أو الجواهر مخبوءة في درج مملوك لامين السر اعتبر كنزاً : كابتان ص ٨٥٢

(٢) Trésor (٣) Enfoui

(٤) ولا نعرف قانونا صدر بتقرير هذا الرسم للآن . ويلاحظ ان النص المصري لم يأت بكلمة مخبوء Caché الواردة بنص المادة ٧١٦ فرنسي. ولعله اكتفى بكلمة المدفون للتعبير بها أيضاً عن كلمة المخبوء

(٥) اذ تقرر في ذلك بالمادة ١٤٨ ما يأتي : « اذا وجد في أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين معدن ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار فانه يكون ملكا لمالك الارض وعليه الخمس للحكومة . — وان وجدت في أرض مملوكة لغير معين كاراضي الحكومة تكون كلها للحكومة »

وتقرر المادة ١٤٩ ما يأتي : « من وجد في أرض من الاراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزاً مدفونا وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماس وخمسه للحكومة . — وان كان عليه

للحكومة رسما على الكنز المكتشف سواء كان المكتشف المالك أو غيره وهو نفس ما قررته المادة ٨١/٥٨ مدنى . واذا كان الكنز المكتشف فى أرض مملوكة الرقبة لواحد والمنفعة لآخر فانه يصبح ملكا لصاحب الرقبة لا للمنتفع أخذاً بالقياس على ما قرره فقهاء الفرنسيس [١]

٣٠٢ — وما القول بشأن الكنز الموجود بالعقار الموقوف . فهل يعتبر من أصل الوقف أى وقفاً ، أو يعتبر من الريع فيوزع على المستحقين طبقا لمقادير الانصبة المبينة بكتاب الوقف أو يعتبر ملكا حراً للواقف يتوارثه عنه الورثة فيقتسمونه طبقاً لاحكام الشريعة فى المواريث ؟

يقول علماء الشريعة الاسلامية ان الكنز المدفون بالارض الموقوفة حكمه حكم الكنز المدفون بأرض مملوكة ( أى غير موقوفة ) ويقولون ان الركاز [٢] من أصل الوقف [٣] ومعنى ذلك ان يؤخذ خمس الكنز للحكومة أخذاً بالمادة ١٤٩ من مرشد الحيران أى ان الاربعة الاخماس الباقية تعتبر ملحقة بالوقف أى وقفاً . وكل مايراد هنا هو فقط عدم اعتبار الكنز ريعاً يستحقه الورثة كله فلا يدفعون شيئاً للحكومة باعتبار انه ريع

اذا تقرر ذلك فما القول فيما اذا قام ناظر وقف بعمل ترميم به ووجد الفعلة

---

نقش من النقوش الاسلامية فهو لمالك الارض التى وجد فيها ان ادعى ملكه ، والا فهو لقطة» . وأما من عثر على الكنز فله أجر ، أى للواجد أجرة مثل عمله ( المعاملات لابى الفتح بك ج ١ ص ١٠٢ )

والشىء الذى عثر عليه اما ان يكون من الجوامد التى تنطبع بالنار أولا . فان كان منها فاما ان يكون خلقيا لمعدن ذهب وفضة ونحاس وحديد ، واما ان يكون صناعيا بأن يكون كنزا ( شرح مرشد الحيران ص١٢٤ ) ويظهر من ذلك انه يراد بالكنز المعدن المصنوع . وتنصرف كلمة لقطة الى الشىء غير المخبوء وغير المدفون ( انظر المادة ١٤٩ المتقدمة )

(١) كابتان ص٨٥٢

(٢) الركاز لغة اسم لدفين الجاهلية أى كنزهم المدفون . وتنصرف الى المعادن الطبيعية لانها مأخوذة من الركز (بفتح الراء مع تشديدها ) أى الوضع فى الارض . وأما الركز ( بكسر الراء مع تشديدها فمعناه الصوت الخفى (كتاب المعاملات لابى الفتح بك ج ١ ص ١٠٢ )

(٣) شرح مرشد الحيران ص ١٢٤ — ١٢٥

محابيب قديمة مخبوءة فى سقف من سقوف المنزل الموقوف ؟ فهل تعتبر هـذه المحابيب ملكا لا حد أم لا تعتبر أن لا مالك لها. فاذا قيل بأن لها مالك أى الواقف فهل تدخل فى هـذه الحالة فى الوقف فتوزع حينئذ باعتبـارها غلة للوقف على المستحقين طبقاً لا نصبة استحقاقهم فى الوقف ، أم لا تعتبر مندمجة فى الوقف ، أى تعتبر ملكا حراً للمالك غير موقوف . وعلى ذلك توزع على الورثة طبقاً للانصبة الشرعية المقررة فى الارث . وان قيل بان لا مالك لها ، لان الوقف غير ممـلوك التركة لا حد ، فهل يمتلكها حينئذ الواجد لها ؟

قالت فى ذلك محكمة الاستئناف [1] . بأن لا يعتبر الكنز المكتشف فى بيت ملحقاً بالوقف ولا من غلته بل يعتبر ملكا للواقف ولورثته من بعده كجزء من ما لم يقم الدليل على ما ينافى ذلك [2]

---

(١) حكم ١٦ دبسمبرسنة ١٩١٣م ر١ ، ١٥ ص ٥٢ عدد ٢٥ ، ش ، ١ ص ٩٤ رقم٣٠٣

(٢) ولمـا كان الحكم مما يلفت النظر فى أسبابه وفى تقرير مبادئه نرى ادراجه لاهمية ذلك . قال الحكم :

« حيث انه فى سنة ١٩١١ مسيحية وجد فى سقف من سقوف منزل موقوف سـنة ١١٦٣ هجرية عدد ٣٣٣٧ محبوباً قيمتها فى الوقت الحاضر ١٠٦٧ جنيها و٨٥٠ مليما وهى مضروبة سنة ١١٤٣ هجرية وذلك أثناء ترميم المنزل بمعرفة الشفالة ، فتنازعت المسـتأنفة التى هى ناظرة الوقف الآمرة بالترميم ومستحقة النصف فى ريعه مع أخيها المستأنف عليه الذى يستحق النصف الآخر فى الريع ، ولا وارث للواقف غيرهما ، فى حصة كل منهما فى المحابيب هل تكون على حسب مالهما فى غلة الوقف أو على حسب مالهما فى ميراث الواقف. ثم اتفقا بتاريخ ٨ ابريل سنة ١٩١١ على تقسيم ذلك بينهما كأنه تركة بشرط انه اذا ظهر ان أحكام الشريعة تقضى للمستأنفة بأكثر من الثلث يرد المستأنف عليه لها هذه الزيادة . وبعد التقسيم ادعت انها تستحق جميع المبلغ الذى أخذه بموجب الشرع . فرفعت هذه الدعوى التى صدر فيها الحكم المستأنف . — وحيث ان محكمة أول درجة اعتبرت اتفاق ٨ ابريل باطلا لمخالفته للنظام العام لان فيه تعطيلا لاحكام المادة ٥٨ من القانون المدنى وهذا القول مع ما فيه من فحش التعبير خطأ لانه فضلا عن ان المنزل الذى وجدت فيه المحابيب موقوف ، والوقف نوع من الملك لاتقصده المادة ٥٨ من القانون المدنى المأخوذة من المادة ١٧٦ من القانون الفرنساوى سـواء كان المنزل الموقوف معتبرا ملكا له على مافيه العمل أو ملكا للواقف كما هو المذهب المخالف لذلك الذى مشت عليه محكمة أول درجة ، فان الموضوع مال ، ولم يمنع القانون أحداً من التصرف فى ماله ، فليس للمحاكم رد اتفاق عمل بتراضى الطرفين . وعلى هذا يكون اتفاق ٨ ابريل سنة ١٩١١ معتبرا واجب التنفيذ . وحيث ان أحكام الشريعة تعتبر المحابيب التى

واذا بيع منزل لهدمه وأخذ أنقاضه ووجد به المشترى كنزاً فلمن يكون هذا الكنز ؟ هل يملكه صاحب الارض ، أم صاحب المنزل المهدوم ؟ الراجح أن يملكه صاحب الارض [1] .

**٣٠٣ — ثانياً . الاشياء المتروكة :** الاشياء المتروكة [2] هى الاشياء البالية التى يتركها اصحابها ويصرفون النية عن تملكها

**٣٠٤ — ثالثاً . الاشياء الضائعة :** الاشياء الضائعة [3] أو التائهة [4] هى الاشياء التى استحال الوقوف على مالك لها . وهذه الاشياء لا يمكن تملكها بالاستيلاء

وللاشياء الضائعة قانون صادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ وقرر بأن من وجد شيئاً ضائعاً أو مسروقاً وجب عليه رده لصاحبه أو تسليمه لرجال الضبط أو اخبارهم

---

وجدت بالكيفية السابقة لقطة كالشىء الذى يوجد على ظهر الارض يمتلكه واجده بعد اجراءات معروفة اذا لم يعلم صاحبه وان علم صاحبه كان له . وحيث ان واجد المحابيب هنا الوقف لا الشغالة الذين هم آلة فى الايجاد للناظرة ، ولا الناظرة التى هى نائبة عن الوقف . — وحيث ان هذه المحابيب لما لم تكن غلة للوقف لم يكن للمستحقين قسمتها بينهم كغلة : — وحيث ان الوقوف الخيرية والاهلية تنتقل اليها الملكية من الواقف كما عليه العمل شرعا مثل الاشخاص الادبية العمومية والخصوصية فى القوانين التى تنتقل اليها الملكية من الاشخاص الحقيقية ، والمحابيب لا توقف هكذا فلا تنتقل ملكيتها من الواقف الى مالك الوقف بل تبقى على ملكه بعد وقف العقار ، ويأخذها ان كان حياً وتأخذها ورثته ان كان ميتاً ، ما دام انه لا يعلم لها صاحب غيره ولا يأخذها الوقف . — وحيث ان الحكم بهذه الكيفية المطابقة لاتفاق ٨ ابريل سنة ١٩١١ لا يخالف المادة ٥٨ من القانون المدنى فى شىء على فرض انها تنطبق على الاوقاف . — وحيث انه لا يعلم للمحابيب التى وجدت صاحب غير الواقف فيكون المالك ، خصوصاً وان تاريخ ضربها هو سنة ١١٤٣ يوافق تقريبا تاريخ الوقف وهو ١١٦٣ ه . — وحيث ان الواقف مات والطرفان متفقان على انهما الوارثان له دون غيرهما وان للذكر منهما مثل حظ الانثيين فيكون التقسيم الذى حصل وقت اتفاق ٨ ابريل سنة ١٩١١ فى محله ، وليس للمستأنفة الحق فى شىء مما أخذه المستأنف عليه ، وتكون دعواها بناء على ذلك مرفوضة ، والحكم المستأنف فى محله للاسباب المتقدمة دون الاسباب المبنى عليها فيجب تأييده . . ) اه

وكان بودنا نشر حكم محكمة أول درجة الا أننا لم نعثر عليه فى المجموعات القضائية . — أنظر أيضاً بمعنى الحكم استئناف ٥ مارس سنة ١٩١٣ ح ٢٨ ص ١١٥ ؛ مرجع القضاء ص ٣٢٦ ن ١١١٦

(١) قارن كابتان ص ٨٥٣ (٢) Res derelicta أى Choses abandonnées

(٣) Choses perdues (٤) Egarées ويعبر عنها أيضاً بكلمة Épaves

به فى ظرف مدة معينة ، ثلاثة ايام فى المدن وثمانية بالقرى . والا جازت معاقبته بعقوبة مخالفة . واذا كانت حيازته لهـذه الاشياء بنية تملكها جاز اعتباره سارقاً ويعاقب عقوبة السارق[1] وان كان فى الاصل ان الانسان لا يسأل عن ملكه كيف ملكه الا أن قانون المتشردين اعتبر الشخص سارقاً اذا وجدت معه أمتعة لا تتناسب قيمتها مع ما يليق به وعجز عن التدليل على المصدر الشرعى لها . والاشياء المسلمة لرجال الضبط تباع بطرق خاصة ويحفظ الثمن على ذمة صاحبها ثلاث سنوات والا أصبح ملكا للحكومة . ويعطى لمن وجد الشيء عشر قيمته

وأما الحيوانات السارية فلا تعتبر ضائعة ولا ضالة فمن وجدها فلا مكافأة له[2]

## فى التملك بحكم القانون

٣٠٥ — قد يحصل التملك بفعل القانون نفسه . ولقد رأينا مثالا لذلك (بفرنسا) وهو تملك الثمرات فى حالة الانتفاع بمعرفة الولى الشرعى ، كالاب بالنسبة لابنائه وان نزلوا والجد الصحيح . وهنا نتكلم على مثالين آخرين للتملك بحكم القانون ، وهما نظرية الالتصاق[3] ونظرية وضع اليد[4] ولهاتين النظريتين دور هام فى عالم العمل وعلى الاخص ثانيتهما

## ١) فى نظرية الالتصاق

٣٠٦ — الالتصاق[5] هو اتحاد شيئين ببعضهما البعض وكان احدهما أهم من الآخر . فاذا حصــل هذا الالتصاق اعتبر المالك للشيء الاصلى مالكا للشيء التبعى ( المادة ٥٥١ مدنى فرنسى وحكمها عام ) وهذا مذهب يتأيد بظروف كل حالة على حدة . فيحصل أن الشيء التابع لا يكون مملوكا لاحد . ففى هذه الحالة يملك مالك الشيء الاصلى هذا الشيء الذى لا مالك له . وسبب التمليك هنا هو

(١) شرح قانون العقوبات الاهلى لاحمد بك امين ص ٦٣٠ وما بعدها
(٢) فتحى زغلول باشا ص ٦٧ (٣) Accession (٤) Possession
(٥) Accession

الاستيلاء عليه . أما اذا كان الشيئان مملوكين لشخصين مختلفين قبل الالتصاق جاز فى الاصل لكل واحد منهما الحق فى طلب فصل شيئه عن الآخر . وليس فصل الشيئين عن بعضهما البعض أمراً سهلا. واذا حصل فلا يكون الا بعد تلف وتشويه يؤثران على قيمة الاشياء . لهذا رأى الشارع أن يتدخل فى الامر ويقضى لصاحب الشىء الاصلى بملكيته للشىء التبعى ، وقضى بتعويض أخذاً بالعدالة لصاحب الشىء التبعى ليعوضه عما فاته من ملكه ، وذلك فيما اذا لم يقع منه خطأ ولم يكن فى حالة تحول دون تقرير التعويض له. هذا هو التعليل العملى للالتصاق. وهناك تعليل آخر يرجع للقانون والمنطق قال به الرومان . ذلك أنه اذا تم اتحاد الشيئين بطريقة كاملة اعتبر أن كلا منهما قد زال أثره من عالم الوجود ، بمعنى أن كل شىء منهما قد فقد مميزاته ومشخصاته ، وبزوال الاثنين ظهر شىء جديد آخر. ومن البديهى انه يجب أن تتقرر ملكية هذا الشىء الجديد لمن كان مالكا فى البدء للشىء الاصلى الأهم ، لان خواص هذا الشىء الاصلى هى الغالبة فى الشىء الجديد [1]

## ١ — فى الالتصاق العقارى

**٣٠٧** — يلاحظ بأنه اذا اتحدت أشياء منقولة بعقار اعتبرت الارض دائما وابداً هى الشىء الأهم ، والمواد الاولية تابعة له . فاذا حصل بناء على أرض تقررت الملكية دائما لمالك الارض ، حتى ولو كانت قيمة الارض أقل بكثير من قيمة المبانى

### ١ — فى الالتصاق الصناعى العقارى

**٣٠٨** — يعتبر ان هناك التصاقاً صناعياً [2] أى التصاقاً بفعل الانسان اذا غرست مغروسات بالارض أو بنيت بها مبان ، أو أنشئت مبان جديدة فوق مبان سابقة . فاذا حدث ذلك تقررت هذه القاعدة الاصلية الآتية وهى أنه من

(١) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٥٨ (٢) Accession industrielle

المفروض فى هذه الحالة ان ما جد انما حصل بمعرفة المالك الاصلى أو بمعرفة وكيله ( المادة ٥٥٣ فرنسى وحكمها عام ) ذلك لانه هو الاصل وهوالذى يقع فى العادة . ولكن يصح الاخذ بالدليل العكسى اذا ادعى الغير بأنه هو الذى أحدث الجديد من غرس أو بناء ، ويقبل جميع أوجه الادلة الممكنة، لانه من المستحيل أن يتمكن الطرفان فى الغالب من التعاقد بالكتابة فى هذا الشأن

على أن القانون المختلط قد قرر بالمادة ٨٩ ولم يكن لها شبيه بالقانون الاهلى بأنه اذا بنى انسان فى أرض الغير أو غرس فيها برضاء صريح من مالك الارض أصبح بعد الغرس والبناء مالكا للارض التى اشتغلت بكل منهما . ولم نجد لهذه القاعدة بالقانون المختلط مسوغا تشريعيـاً بالقوانين الاخرى ولا مسوغاً قانونياً يبررها . لأن اباحة الغرس أوالبناء لا يترتب عليها تمليك الغارس أوالبانى ملكية الارض . اذ الملكية هنا لا تنتقل الا بالبيع أو الهبة أو غيرها . ولا بيع ولا هبة بل حصل تراض فقط على الغرس والبناء . والمادة محل للحيرة حيث لا نجدمبرراً لها

وبوجه عام ان القاعدة العامة التى قررتها المادة ٥٥٣ مدنى فرنسى لا تخرج أحوال الفرض فيها عن ثلاثة

١ ) اما أن يكون مالك الارض قد أحدث المغروسات أو المبانى واستعان فى ذلك بأدوات أولية اغتصبها من مالكها

٢ ) واما أن المالك للادوات الاوليـة هو الذى قد اغتصب أرض الغير ثم غرس فيها المغروسات أو أحدث بها المبانى

٣ ) واما أن يكون البناء أو الغرس حصل بمعرفة شخص لا يملك لا الارض ولا المهمات[1]

---

( ١ ) وهل تستقيم هذه المادة الآن مع صدور قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ (٢٦ يونيو) القاضى بضرورة تسجيل العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية ؟

## § ١ — الفرض الاول . حصول المغروسات والمبانى بمعرفة المالك للارض بادوات أولية مملوكة للغير

**٣٠٩** — فى هذا الفرض قالت المادة ٦٤ مدنى أهلى ( ولامثيل لها بالقانون المختلط وتقابلها المادة ٥٥٤ فرنسى ) مايأتى : « اذا جدد مالك الارض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الاعمال بمهمات وأدوات كانت ملكا لغيره وجب عليه دفع قيمة المهمات والادوات المذكورة لمالكها . ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات اذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس . ولا يسوغ لمالك المهمات أن ينتزعها من محل وضعها » . وعلى ذلك يصبح مالك الارض مالكا للغرس والبناء سواء كان حسن النية أو سيىء النية . انما يحكم عليه بتعويض زائد عن قيمة المهمات فيما اذا كان سيىء النية . وهذا التعويض جزاء مدنى أى بمثابة عقوبة مدنية فى نظير ما أجراه بسوء نية . ويجوز أيضاً الحكم عليه بتعويض حتى ولو كان حسن النية فيما اذا ترتب على عمله ضرر ترتب عن تأخير ترميات كان يجريها مالك المهمات فى الوقت الذى أخذها فيه صاحب الارض وكان لابد من عمل الترميات فى وقت سريع وقد اضطر الى الحصول على غيرها بثمن أعلى [1] . ولا يجوز بحال لمالك المهمات أن يطلب الهدم ويأخذ الانقاض

وربما يتلاحظ انه فى حالة ما اذا كان مالك الارض قد بنى أو غرس بحسن نية بمهمات الغير ، باعتبار المهمات منقولة حتما ، فما كان هناك محل لتقرير القاعدة الواردة بالمادة ٦٤ المذكورة أخذاً بالقاعدة المعروفة «ان حيازة المنقول سند لملكيته» ( المواد ٨٦ / ١١٥ و ٨٧ / ١١٧ و ٦٠٧ / ٧٣٣ و ٦٠٨ / ٧٣٤ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ). ولكن تفيد هذه المادة فيما اذا كان الشيء مسروقا أو ضائعاً . اذ لا يستطيع مالكها الحقيقى حق طلبها بفصلها عن الارض . وعلى أى حال اذا حصل البناء أو الغرس فان ملكية الادوات تزول عن مالكها

(١) كابتان ٨٥٩

وهنا تجب مراعاة ان القانون اشترط فى المادة ٦٤ مدنى اهلى و ٥٥٤ فرنسى، حتى يؤخذ بقاعدة عدم الفصل المقررة بها ، ان تكون هناك فعلا وحقيقة اعمال قد حصلت . وعلى ذلك تترتب النتائج الآتية :

١ — يجب ان يكون هناك اتحاد بالمعنى الصحيح ، أى التصاق الاشياء المنقولة بالارض التصاقا . وأما مجرد اعداد هذه المنقولات للبناء أو الغرس فلا يمكن أن يؤخذ فى هذه الحالة بالمادة المذكورة ، حتى لو كان المنقول مما يعد من العقارات الحكمية بالاتصال أى عقاراً بالتخصيص كالآلات المتصلة بالمعامل والمصانع تسهيلا للاستغلال . وعلى ذلك يجوز لمالك هذه المنقولات ان يطلب استردادها ولا يسقط حقه فى الاسترداد الا بمضى ١٥ سنة فيما اذا كان صاحب الأرض سيئ النية . اما اذا كان حسن النية وحصل عليها من سوق عام فيسقط حق المسترد بمضى ثلاث سنوات من وقت حصول السرقة أوالضياع (المواد ٨٦/١١٥ و٨٧/ ١١٦ و ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨/ ٧٣٤ مدنى و ٢٢٧٩و٢٢٨٠ فرنسى)

٢ — يعتبر الغرس ملكا لمالك الارض بمجرد وضعه بها . وليس من اللازم ان تكون قد امتدت جذوره بالارض كما قال الرومان بهذا الشرط

٣ — اذا أحدث مبانى جديدة فوق المبانى القديمة ثم تهدم البناء كله بحادث قهرى أو جبرى أو برغبة المالك فلا يجوز مع ذلك لمالك المهمات طلب استردادها وكل ماله هو التعويض فيما اذا لم يقض به من قبل [1]

---

(١) وكان الرومان يقولون هنا بعكس ذلك ، وكانت وجهة النظر عندهم تخالف وجهة النظر الحاضرة . لانهم أباحوا لمالك المهمات طلب استردادها بعد الهدم ، باعتبار أن الشيء المنقول وهو التابع لم يمكن المطالبة به بعد الالتصاق لان السبب فى ذلك زوال شخصية هذا الشيء . أما وقد عادت اليه هذه الشخصية بعد الهدم فلا محل لهذا الحظر فى طلب استرداد المهمات. ولكن الالتصاق فى وقتنا الحاضر من أسباب الملكية وهو أداة لتملكها . وبالتملك الجديد تزول الملكية القديمة التى كانت لمالكها الاول . وهى لا تعود بعد الزوال

## § ٢ — الفرض الثاني — فيما اذا كان غاصب الارض قد بنى او غرس بمهماته هو

٣١٠ — وأما اذا كان البانى أو الغارس قد غرس بمهماته أو أشجاره بأرض ليست مملوكة له فقد قررت المادة ٦٥ مدنى أهلى و٥٥٥ فرنسى ما يأتى : « فاذا حصل الغراس أو البناء أو غير ذلك من الاعمال من شخص بمهمات وادوات نفسه فى ملك غيره فالمالك مخير بين ابقاء هذه الاشياء بأرضه وبين الزام فاعلها بنزعها. — ففى حالة ما اذا اختار صاحب الارض نزع هذه الاشياء تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون اعطائه تعويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك ان يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التى تنشأ عن فعله لصاحب الارض . — وأما اذا اختار صاحب الارض ابقاء تلك الاشياء فيكون مخيراً بين دفع قيمة الغراس او البناء مستحق القلع وبين دفع مبلغ مساو لما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما حدث بها . — انما اذا كان البناء او الغرس حصل من شخص فى ارض تحت يده على زعم انها ملكه ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه فى وضع يده عليها فليس لمالك الارض ان يطلب ازالة شيء مما ذكر ، بل يكون مجبراً بين دفع قيمة المهمات والادوات واجرة العملة وبين دفع ما زاد فى قيمة الارض بسبب ما حدث بها »

وحكم هذه المادة يرجع الى ما اذا كان واضع اليد على الارض حسن النية او سيء النية. ولكل منهما حكم خاص

٣١١ — واضع اليد سيء النية : فى هذه الحالة يعتبر واضع اليد قد ارتكب خطأ وهو احداث البناء او الغرس فى ارض لا يملكها [1] وليس من العدل فى شيء اكراه مالك الارض فى هذه الحالة على بقاء البناء بأرضه والزامه بدفع

(١) ومالك الارض مكلف باثبات سوء نية البانى: استئناف ١٧ مايو سنة ٩١٤ م ر ١، ١٥ ص ١٥٩ عدد ٨١ ، مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٢٨

ثمنه. كذلك ليس من العدل في حالة ترك البناء لمالك الارض ان يتملكه بلا مقابل لما في ذلك من المخالفة الظاهرة للقاعدة المعروفة في انه لا يجوز لاحد الاثراء على حساب الغير بلا مقابل. لذا رأى الشارع ان يقرر بالفقرة الاولى من المادة المذكورة ان يكون مالك الارض بالخيار ان شاء طلب نزع ما حدث عن الارض ، أو استبقاه ودفع ثمنه

فله ان يلزم صاحب البناء او الغراس بازالة البناء مع الزامه ايضاً بمصاريف الازالة ، لان البناء حصل بفعل صاحبه ، دون ان يلزم مالك الارض بتعويض ما . مع جواز الحكم بتعويض على صاحب البناء في نظير ما يمكن ان يحتمل معه من اصابة الارض بضرر ظاهر الاثر في قيمتها

وله ان يستبقي البناء . وفي هذه الحالة يخير بين دفع قيمة المهمات فقط او دفع ما زاد من قيمة الارض بسبب البناء [1] . أما القانون الفرنسي فانه لم يبح في هذه الحالة خلاف دفع ثمن المهمات فقط

ويغلب في هذه الحالة أن صاحب البناء يتنازل عن بعض قيمة المهمات ويتركها لمالك الارض حتى لا يختار هذا الاخير حقه في طلب الازالة لما في هذا الطلب من الاضرار البليغة بصاحب البناء

---

(١) قارن استئناف ١٨ أبريل سنة ٩٠٩ ح ٢٤ ص ٢٦٩ ، مرجع ص ٣٢٨ ن ١١٢٠ — وما القول فيما يحدثه المستأجر من البناء بالارض المؤجرة اليه بدون اجازة المالك ؟ يقول القضاء بأنه تطبق في هذه الحالة المادة ٦٥ ويعتبر المستأجر سيئ النية ويصبح المؤجر بالخيار ان شاء كلف المستأجر بالهدم أو استبقاه المؤجر ودفع ثمنه : استئناف ٢٥ اكتوبر سنة ٩٣ ح ٨ ص ٣٠٥ ، مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٣١ . ولكن نلاحظ أنه وان كان في المقرر أنه لا يجوز للانسان أن يثرى على حساب الغير ولا أن ينتفع بلا مقابل ( المادة ١٤٤ / ٢٠٥ مدني ) وانه يترتب على ذلك جواز المطالبة بقيمة الاثراء أى المطالبة بمقابل المنفعة Actio de in rem verso أو Condictio sine causa ( الالتزامات ص ٦٤٧ ن ٦٩٤ ) ، الا أنه يجب في صحة رفع هذه الدعوى ونجاحها أن لا يكون هناك عمل قانوني ، مثل عقد الايجار ، يبرر وجود المنفعة في يد المنتفع . وعلى ذلك لا محل للمستأجر في المطالبة بشيء ما لانه ملزم برد العقار بما هو عليه من الملحقات التي اضيفت اليه أو التحسينات التي دخلت عليه وهي التحسينات والاضافات التي حصلت لتسهيل الاستغلال . (المادة ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني و ١٧٣١ — ١٧٣٥ فرنسي) . كتابنا في الالتزامات ص ٦٥٦ ن ٧٠٧ — وكان الامر كذلك عند الرومان : الالتزامات ص ٦٤٦ ن ٦٩٢

واذا اختار مالك الارض استبقاء البناء ولم يدفع التعويض ، سواء كان التعويض ثمناً للمهمات ، أو فى نظير ما زاد من قيمة الارض بسبب البناء ، فانه يجوز لصاحب البناء ازالة بنائه واستلام أنقاضه . اذ حق الازالة مقرر له حتما عند عدم دفع التعويض اليه . على أن البعض يقول مع ذلك فى أنه لا يجوز لصاحب البناء أن يلجأ للازالة اذا لم تتبين له مصلحة فيها . فاذا فرض وقام الغير باحداث صور زيتية بعقار مملوك لغيره فما هى فائدة محدث الصور والمحكوم ضده بالخروج من العقار من نبش حيطان العقار والعبث بها فيما كان المالك للعقار يأبى دفع قيمتها ؟ فاذا لجأ محدث الصور الى ازالتها كان مدفوعا فى هذه الحالة بدافع نية الاضرار بالمالك والعمل على الحاق الاذى به ، ومثل هذا العمل لا يجوز تأييده من جانب القانون أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة [1] فى أنه لا يجوز التساهل مع من يعمل للايذاء بالغير . ولكن يلاحظ فى أنه لا محل لهذا النقد . لان فى قيام صاحب الصور من ازالتها قياماً بحق من حقوقه ، ليس فيه من العمد فى الايذاء بالغير شيء ما . وما دام ان صاحب العقار قد أشهر الخصومة على صاحب الصور فى عدم دفع التعويض ، فما على هذا الاخير الا أن يرد على الخصومة بخصومة ، والدفاع فى الخصومة مشروع [2]

وماذا قال الشارع المختلط فى هذا الشأن ؟ قال بالمادة ٩٠ مدنى ما يأتى : « اذا لم يثبت حصول الاذن المذكور ( وهو الاذن الوارد بالمادة ٨٩ الخاص بالاباحة للبانى بالبناء بأرض غيره ، اذ يترتب ذلك أن يصبح مالك البناء مالكا للارض ) تعتبر الارض عارية [3] ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وازالة المغروسات وبين ابقائها مع دفع قيمة مهمات البناء والغراس وأجرة العملة . » [4]

---

(١) Malitiis non est indulgendum

(٢) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٦١ (٣) Prété

(٤) وهى مادة قد حرنا فى تبرير قواعدها كما تولتنا الحيرة فى تبرير المادة السابقة عليها . اذ كيف يعتبر ان هناك اعارة ، والاعارة لا تكون بهذه الحال ؟ على ان هناك حكما قديما يقول (قنا استئنافى ١٧ اكتوبر سنة ٩٥ القضاء ٢ ص ٣٤٨ ، مرجع القضاء ص ٣٢٨ ن ١١٢١ ) « بان

ان الشارع المختلط يعمل فى المادتين من طريق التصوير المجازى [1] ومن طريق القرائن القانونية [2] التى تقبل حتما الدليل العكسى [3] ومع ذلك فان فى حالة المادة ٩٠ المذكورة قد أتى بالقاعدة المقررة فى حالة البناء فى أرض الغير بسوء نية . ولكنه لاحظ الرأى الفرنسى المقرر بالمادة ٥٥٥ مدنى فرنسى ، أى انه لم يقرر ما قررته المادة ٦٤ أهلى من جواز الخيار لمالك الارض فيما اذا استبقى البناء فى أن يدفع اما ثمن المهمات أو ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء

**٣١٢ — واضع اليد حسن النية :** رأى الشارع أن يتلطف هذه المرة فى حكمه مع حسن النية . فألزم مالك الارض بأخذ البناء وعدم الزام محدثه بالازالة وهذا هو معنى الفقرة الاخيرة من المادة ٦٤ المذكورة . ولمالك الارض فى هذه الحالة الخيار ، كما فى المادة السابقة ، بين دفع قيمة المهمات أو دفع ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء . وهنا يتشابه القانون الفرنسى مع المصرى [4] . أما القانون المختلط فقد قرر فى هذه الحالة بالمادة ٩١ ما يأتى :

« اذا بنى شخص أو غرس فى أرض معتقداً ملكيتها له بسبب مقبول فلا يصير ازالة الغراس أو البناء بل للمالك الحقيقى أن يدفع ما زاد عن قيمة الارض بسبب وجود الغراس أو البناء فيها بحسب ما تقدره أهل الخبرة » . أى ان القانون المختلط وافق القانون الاهلى والفرنسى فى الشطر الاول من القاعدة التى

---

أذن المالك للغير بالبناء فى أرضه بدون عوض هو نوع من أنواع العارية وقد قضت أحكام الشريعة بأن العارية متى كانت مطلقة يبقى للمعير الحق فى استردادها وقت ما يريد والزام المستعير بقلع ما أحدثه من البناء الا اذا أضر بارضه فيجوز له تملك البناء جبراً على المستعير بقيمته »

(١) Fiction (٢) Présomptions légales (٣) Juris tantum

(٤) ويعتبر بانيا بحسن نية من بنى على أرض معتقدا انها من الاراضى الغير المزروعة المملوكة شرعا للحكومة لانه بمجرد البناء عليها يصبح مالكا . وهذا فى الحقيقة مساو للبناء فى أرض باعتقاد ملكيتها ، لان القانون أعطاه حق الملكية اذا بنى عليها أو غرس فيها من طريق التشجيع على التعمير : العياط ٢ نوفمبر سنة ٩٢١ م ٣ ص ٢٢٧ عدد ١٧٠ ، المرجع ص ٣٢٩ ن ١١٢٥ ، — ويعتبر حسن النية من بنى فى أرض موقوفة وكان يعتقد خطأ ان الارض قد آلت اليه بطريق وضع اليد : استئناف ٢١ يناير سنة ٩١٣ م ر ١ ، ١٤ ص ٨٤ عدد ٤٤ ، ح ٢٨ ص ٢٨٣ ، مرجع ص ٣٢٩ ن ١١٢٦

تقررت بالمادة ٦٤ أهلى و٥٥٥ فرنسى ، بأن لايجوز لصاحب الارض طلب الازالة مطلقاً ، وخالفهما فى الشطر الثانى منها . فانه بينما القانونان الاهلى والفرنسى قد اتفقا على أن يكون صاحب الارض بالخيار ان شاء دفع قيمة المهمات أو دفع مقدار مازاد فى قيمة الارض ، اذ يقرر هذا القانون المختلط انه يجب أن يدفع صاحب الارض مقدار ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء أو الغراس . وهنا محل للقول يأتى فى الملاحظة الاولى التى ستأتى حالا .

وفيما يتعلق بما قررته المادة ٦٤ أهلى و٥٥٥ فرنسى و٩١ مختلط لابد من ابداء الملاحظتين الآتيتين :

**٣١٣ — الملاحظة الاولى** : ان القانون قد عامل واضع اليد سيئ النية مع واضع اليد حسن النية معاملة واحدة فيما اذا اختار مالك الارض حق استبقاء البناء . وذلك أنه قرر له حق الخيار فى حالتى سوء النية وحسن النية بين دفع قيمة المهمات فقط ، أو دفع ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء . وهى مساواة لا تجد لها دائما نصيبها من العدل . اذ فى دفع ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء ضرر بواضع اليد حسن النية مما اذا لو تقرر له بطريقة واحدة لاخيار فيها دفع قيمة المهمات اليه . لأن العادة جرت أن قيمة المهمات منفردة أكبر من قيمة ما يزيد فى العقار من التقدير بسبب البناء . وواضع اليد حسن النية جدير بحماية القانون له فلا يصح أن يوضع فى مستوى واحد مع سيئ النية فى حالة واحدة متشابهة . على أن هناك تعليلا لهذا الشذوذ فى معاملة الاثنين . ذلك أن البعض يقول بأن مالك الارض مكره ، فى حالة وجود واضع اليد حسن النية ، على أخذ البناء ولا بد فى هذه الحالة من تمكينه فى الدفع بغير ارهاق يحل به . والا اذا اكره على دفع قيمة المهمات فقط دون حق الخيرة الآخر ، لكان فى ذلك ارهاق له . والمهم من كل ذلك كله هو أن لا يثرى على حساب الغير بلا مقابل . وأما بالنسبة لسيئ النية فان مالك الارض بالخيار ، فان شاء استبقى البناء أوطلب نزعه ، أى أن مجال الخيار أمامه فسيح وليس مكرها على أخذ البناء وعدم طلب الازالة . وفى تقرير الخيار

له سبيل الى سهولة تراضيه مع واضع اليد سيئ النية ، لان هذا الاخير مضطر الى قبول أخذ مبلغ أقل من القيمة الحقيقية للمهمات ، حتى لا يرى نفسه مكرها على الازالة فيما اذا اختار صاحب الارض هذا الحق [1]

هذا وقد جرى القضاء الفرنسى على الأخذ بقاعدة أصبحت محلا لنقد الناقدين : ذلك أنه قرر حق الحبس لواضع اليد حسن النية ، وأباه على سيئ النية اذ أجاز للاول احتباس الارض مع البناء تحت يده حتى يتقاضى حقه كاملا فيما يختاره صاحب الارض من دفع قيمة المهمات أو دفع ما زاد فى قيمة العقار . ولم يجز هذا الحق لواضع اليد سيئ النية ، بل يلزمه بالتخلى عن العقار ، أى عن الضمان الضامن لحقه[2] . ويظهر لنا أن حجة القضاء فى ان سيئ النية ليس جديراً بحماية القانون كحسن النية حجة لم تصب مكانها من الصحة . ذلك لانا نرى أن التعويض المقرر لصاحب البناء أو الغرس عند سوء نيته حق أصبح مقرراً له . وهو حق تسرى عليه جميع الاصول القانونية الخاصة بالحق فى ذاته . أما ان سيئ النية ليس جديراً بحماية القانون له فهو صحيح من بعض الوجوه وغير صحيح من البعض . صحيح فى أن الشارع لم يحمه كما حمى حسن النية . اذا قرر لهذا الاخير الزام مالك الارض بعدم طلب الازالة . وقرر لصاحب الارض الحق فى طلب الازالة اذا كان صاحب البناء سيئ النية . فكأن سيئ النية قد دفع ثمنا لسوء نيته فى أنه حرم مما امتاز به حسن النية . وهذا الحرمان جزاء مدنى ، أى مؤاخذة تتوقع على صاحب البناء ، وهى بمثابة عقوبة . وأما وقد وقعت هذه المؤاخذة ، وهذا الجزاء المدنى ، فلا محل مطلقاً لتوقيعه مرة ثانية . اذ من المقرر أنه لا يجوز مؤاخذة الشخص مرتين عن عمل واحد . وعلى ذلك فلا يجوز حرمان صاحب البناء سيئ النية من حق الحبس . لان هذا الحق نتيجة حتمية وقانونية للتعويض . وما دام

---

(١) كولين وكابتان ص ٨٦١ (٢) د ، ٦٢ ، ٣ ، ٤٠ . — د ، ٩٨ ، ٢ ، ٢١١ . — كابتان ص ٨٦٢

أن الشارع قضى له بالتعويض ، أى قرر له حقاً يتصل به حتما حق الحبس اذا كان لا يظل حائزاً للعقار ، فلا يملك القضاء نزع هذا الحق عنه الا بنص . وحيث لا نص فهو لا يملك . هذا هو ما نراه نحن فى نقد هذا القضاء الفرنسى

٣١٤ — الملاحظة الثانية : يحصل أن المبلغ الذى يدفعه صاحب الارض لصاحب البناء لا يتناسب فى قدره مع مايستطيع دفعه الآن صاحب الارض هذا فاذا ألزم بدفعه مرة واحدة كان فى ذلك ارهاق له الى حد عدم الاستطاعة وربما بيع العقار كله أرضاً وبناء لا يفاء صاحب البناء بدينه ، وفى البيع الجبرى ما لا يخفى من بخس الاثمان ونقص القيمة . لذا كان القانون الفرنسى القديم يعمل على معالجة الحال من طريق يجمع بين العدالة والعمل . فأجاز تقسيط المبلغ على المدين صاحب الارض تقسيطاً على شكل مرتب دائم يلتزم بمرتباته الشهرية أو السنوية[1] أخذاً من الايراد الذى يخرج من العقار[2] أما الآن ولا يوجد بين نصوص القانون الفرنسى والمصرى ما يقرر هذه القاعدة فلا محل للاخذ بها . وعلى ذلك يصبح صاحب الارض كما قلنا مديناً ككل مدين ، وما يملكه ضامن لدائنيه ، فيجوز لهؤلاء أن ينفذوا أحكامهم على كل ما يمتلكه من منقول وعقار بما فيه الارض ومبانيها . على أنه اذا استحال وجود نص يحكى النص الفرنسى القديم الذى كان يبيح تقسيط الدين على شكل مرتب دائم ، فان هذه الاستحالة التشريعية لا تقف فى طريق القاضى حجر عثرة اذا أراد هو الآخر أن يعمل بالقانون والعدالة معاً فيجعل هذه الاخيرة محكومة به ويجعل القانون من المرونة بحيث لا يصدم العدالة صدما . ولذا يمكن القول هنا ، بأنه يجوز تقسيط الدين على المدين بطريقة عامة أخذاً بالمادة ١٦٨ / ٢٣١ و ٢٣٣ مدنى و ١٢٤٤ فرنسى التى أجازت للقاضى منح المدين مهلة لدفع دينه ، سواء كانت المهلة مدة واحدة أو مددا متفرقة أى يكون الوفاء على شكل أقساط متعددة متسلسلة[3]

---

(١) Arrérages (٢) بوتييه فى الملكية ن ٣٤٧ — كولين وكابتان جـ ١ ص ٨٦٢
(٣) د ، ٩٨ ، ٢ ، ١٠١ ، ٢ — كابتان ص ٨٦٢ — الالتزامات ص ٥٨٣ ن ٦١٤

**٣١٥ — فى الالتصاق الجزئى** : يسهل الاخذ بأحكام المادة ٦٥/٩٠ مدنى فيما اذا كان الالتصاق كاملا بمعنى أن البانى قد أتى بمهماته وبنى فى ملك الغير. ولكن ما القول فيما اذا كان البانى يبنى بأرضه ثم أغار على أرض جاره فاخذ منها جزءاً وأضافه على أرضه ثم أقام البناء على هذا الجزء بعد ضمه لارضه؟ فهل تسرى فى هذه الحالة احكام المادة ٦٥ المذكورة؟ اذا اخذنا بهذه الاحكام فى هذه الحالة وكان لا بد من مراعاة حسن النية وسوء النية لترتبت على ذلك نتائج تصبح من الغرابة بمكان. فاذا كان البانى حسن النية ولم تكن الحدود الفاصلة بين ملكه وملك جاره واضحة الاثر، وأغار على جاره فىجزء بسيط منه فىالعرض على استقامة الطول وأخذ بالمادة ٦٥ لأصبح الجار مالكا للجزء من البناء المقام على الجزء من الارض المغتصبة فى مقابل ما يدفعه من التعويض الى البانى من ثمن المهمات أو ما زاد فى قيمة عقاره هو بسبب الزيادة الطارئة عليه. وفى هذا ما فيه من الاضرار البليغة بالبانى لان الجزء من البناء المقام على الارض ملك الجار متصل تمام الاتصال بالبناء كله. ولا يمكن فصل الجزءين باعتبارهما كلا غير قابل للتجزئة. لذا جرى القضاء فى هذه الحالة على عدم الاخذ باحكام المادة ٦٥ فىحالة الالتصاق الجزئىأى فيما اذا كان الالتصاق حاصلا فى جزء من البناء الجديد. وفى عدم الاخذ بهذه المادة أصبح القضاء فى حل بان لا يتقيد بنص، انما يعمل على ضوء العدالة وتخفيف الضرر بقدر ما يمكن ولذا قضى بملكية البانى لجزء الارض الزائد بأرضه فى مقابل ما يدفعه من التعويض الى مالك الارض، فيما اذا كان الجزء صغيراً مما يحتمل وقوع الخطأ فيه من حيث تقدير الابعاد والحدود ومما لا يترتب على سلخه من ملك صاحب الارض كبير ضرر عليه[1] ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يراعى فى التعويض تقديره بما يتناسب مع الضرر الذى يلحق بصاحب الارض. وليس هناك ما يمنع القاضى ايضاً فى أن يحفظ لصاحب الارض حق استردادها من البانى

---

(١) المطارين ٢٧ مايو سنة ٩١٣ ش ١ ص ١٢٥ عدد ٢٤٩، مرجع ص ٣٢٩ ن ١١٢٤.

فيما اذا رأى البانى هدم بنائه وترتب على الهدم انكشاف الارض [١] ونرى أن حق الاسترداد يظهر عند تمام الهدم ، ويسقط اذا ظل صاحب الارض مدة ١٥ سنة لا يطالب بحقه اذا ظلت الارض خالية عن البناء . أما اذا بنى البانى بعد الهدم وقبل أن يطلب مالك الارض فبناؤه صحيح ، الا اذا تقرر بحكم التعويض ان الارض تصبح ملكا لصاحبها الاصلى بمجرد حصول الهدم على شرط رد التعويض [٢]

وأما اذا تبين بأن الجزء من الارض الملحق بأرض الجار جزء عظيم بحيث يترتب على سلخه من الجار الحاق الضرر به وتشويه أرضه لديه ، وعلى الاخص فيما اذا كان قد أعد الارض لبناء خاص كمصنع أو معمل أو مصلحة ، فاننا نرى فى هذه الحالة انه يجوز الحكم بالهدم لان الخطأ هذا ليس باليسير مما يصح فيه التساهل ، ويجب على البانى أن يتحمل نتيجة عمله

وأما اذا تبين بأن البانى سيىء النية وكان فى بنائه متعدياً فلا يلومن الا نفسه عند ما يقضى بالهدم . على انه تجب مراعاة الظروف التى تحف النزاع وعلى الاخص ما اذا كان البناء قد قام ومالك الارض المغتصبة يعلم به ويراه وترك البانى مستمراً فى البناء ورفعه للدور الثانى والثالث وغير ذلك

**٣١٦ — التحسين والاصلاح بالنسبة للالتصاق :** رأينا احكام المادة ٦٥ وما قررته فيما يتعلق بالبناء أو الغرس أو أى عمل آخر. ولكن ما القول فيما اذا لم يقع التصاق بالمعنى الصحيح ، بل الذى وقع هو تحسين مثل تجفيف مستنقع أو تطهير مصرف أو وقع من باب أولى تصليح للعقار؟ فعلى أى قاعدة يطلب واضع اليد حقه فى التعويض. يقولون ان القانون قد التزم الصمت فى هذه الحالة ولم ينص عليها . ولكن مع السكوت عنها فانه يجب فيها الرجوع الى القاعدة العامة المقررة بالمادة ١٤٤/٢٠٥ مدنى أى انه لا يجوز الاثراء على حساب الغير بلا مقابل. وذلك

(١) دى هلس ج ١ ص ٤١ ن ٨١ (٢) الحقوق ٣ ص ٢٤٤ — م ت ق ، ٢٧ ، ٢٦٧ — الشرائع ٢ ص ٣١٧ عدد ٣٥٦ — الشرائع ١ ص ١٢٦ عدد ٢٤٩. — دى هلس ج ١ ص ٤١ ن ٨١

يقضى الاخذ بالآراء التى قررها الرومان بمـا يطابق الحق والمنطق فى تسوية المصاريف التى يكون قد صرفها واضع اليد ، اذا ماجاء مالك العقار وطالب بتثبيت الملك له من طريق رفع دعوى تثبيت الملكية أو من طريق رفع دعوى الوراثة[(١)] وهنا تقسم المصـاريف المذكورة الى ثلاثة اقسـام : المصاريف الضرورية [(٢)] والمصاريف النافعة [(٣)] والمصاريف الكمالية [(٤)] . ويجب على طالب ملكية العقار أن يفى للمدعى عليه بجميع مصاريف النوع الاول برمتها ، وهى المصاريف التى لو لم تصرف فى العقار لزال بتاتاً أو تلف تلفاً عظيما . لان المالك كان مكرهاً على صرفها فيما اذا كانت يده قد ظلت باقية على العقار . وعن النوع الثانى فانه يجب على مالك العقار الوفاء بها ايضاً . وله الخيار فى الوفاء بثمن الزيادة الحاصلة بالعقار ، أو بدفع مقدار ما زاد فى قيمة العقار وثمنه بسبب الاصلاح أو التحسين . وأما عن النوع الثالث فانه ليس ملزماً بدفعه لان هذه المصاريف وهى مصاريف الزخرف والزينة لم تزد فى قيمة العقار ، ولم يجرها واضع اليد الا من طريق الزخرف خاصة . هـذا وليس لمالك العقار أن يطلب ازالة ما حصل من طريق التحسين أو الاصلاح حتى ولو كان واضع اليد سيىء النية[(٥)]

**٣١٧ — تعدد أنواع واضعي اليد والانفصال** . ان المادة ٦٥/٩٥ مدنى و٥٥٥ فرنسى انما تتعلق بمـالك العقار فى علاقته مع واضع اليد . ولـكن من ذا يكون واضع اليد هذا ؟ سنرى فيما بعد أن لواضع اليد معنيان معنى عام وعامى وهو كل من حاز شيئاً مملوكا للغير ، اذ يسمون فى العادة المستأجر واضع يد ويسـمون كـذلك المنتفع بحق الانتفاع وهكذا . ومعنى علمى فنى صحيح لا توسع فيه وهو يفيد على عكس المعنى المتقـدم واضع اليد الذى يضـع يده على الشيء دون أن يكون مالـكا له [(٦)] ويعمل على ان ينتفع به هو خاصة لنفسه دون أن يكون وكيلا

---

(١) Action en pétition d'hérédité (٢) Impenses nécessaires
(٣) Imp. utiles (٤) Imp. voluptuaires
(٥) د ، ٥٦ ، ١ ، ٣٥٨ — س ، ٦٦ ، ١ ، ١٥٣ (٦) Animo domini

للمالك الاصلى ، بحيث يستحيل وضع يده هذا الى ملكية كاملة بفعل التقادم أى بعد مضى مدة معينة بشرائط معلومة . ويظهر جلياً ان المادة ٦٥ المذكورة لا تتصل الا بهذا الاخير،أى بواضع اليد السائر فى طريق التملك بالتقادم.لانهاتفيد وجود واضع يد أمام شخص آخر مهدد بزوال الحق عنه[1] أى أمام شخص يلجأ الى طلب استرداد عقاره بدعوى الاسترداد أو بدعوى الوراثة كما رأينا . وعلى ذلك فهى لا تتعلق بمن يحوز لغيره لا لنفسه ولذا لا تعتبر يده يد مالك بل تعتبر يد وكيل عن المالك . واذا كان الامر كذلك فلا تسرى المادة ٦٥ المذكورة على ما يأتى : .

١) الوكلاء أو الفضوليون الذين حازوا العقار بطريق النيابة عن المالك وباسمه خاصة

٢) المستأجرون على اختلاف انواعهم لانهم لم يخرجوا عن كونهم مجرد حائزين بالنيابة[2] بحيث اذا جاء أجل رد العقار للمالك فلا يقاضيهم هذا الاخير بدعوى تثبيت الملكية لينتزعها من ايديهم[3] بل يقاضيهم بالرجوع الى الالتزام الشخصى وهى نتيجة التعاقد بينهم فيطلب رد العقار الى حظيرته

٣) المالك الذى فسخ عقده اذا كان مالكا على شرط كالمشترى شراءاً وفائياً، أو المشترى الذى لم يدفع ثمن العقار فحكم باخراجه منه . اذ فى هذه الاحوال لا يعتبر الفصل فيها من طريق أخذ الملكية من يد الحائز بل يعتبر الفصل فيها راجعاً الى نظرية فسخ العقود . وفوق ذلك فان المشترى بالوفاء أو المشترى العادى لا يعتبران فى هذه الحالة من طبقة الغير بالنسبة للمالك . لان حيازتهم للعقار كانت باسمه لا بأسمائهم هم ، فكان هو المالك لا هم . وكذلك الحال بالنسبة للمالك على الشيوع بعد حصول القسمة ، فيما اذا وقع نصيبه فى غير الجزء الذى كان واضعاً يده عليه وقت قيام الشيوع ، ثم وقع هذا الجزء فى نصيب شريك آخر له[4]

(1) Tiers évincé (٢) Détenteurs précaires (٣) Évincer

(٤) كلابتان ص ٨٦٣

وعلى ذلك اذا جاء حائز للعقار من بين هؤلاء الحائزين وقام باحداث بناء أو غرس وجب اعتبار ما حدث ملكا لمالك العقار بطريق التبعية . ولا يجوز الاخذ بالمادة ٦٥ مدنى الخاصة بالالتصاق . على أنه يجب عقلا مراعاة ما يأتى :

اذا كان الحائز مستأجراً وحصل الاتفاق بينه وبين المؤجر على شروط خاصة فيما يتعلق بما حدث من الغرس والمبانى وجب الاخذ بهذا الاتفاق باعتباره شريعة المتعاقدين بصرف النظر عما ينشأ عنه من الاضرار التى تلحق بأحدهما[1]

ولكن ما القول فيما اذا لم يحصل اتفاق على ما يحدث من البناء والغرس ؟ هل يعتبر مالك الأرض مالكا لما حدث بحكم عقد الايجار أخذاً بالقاعدة التى قررناها بكتابنا فى نظرية الالتزامات باعتبار أن السبب فى تملكه انما يرجع لرباط قانونى كان يربط الاثنين معاً وقت قيام البناء والغرس ، وهو عقد الايجار [2] ؟ أم لا بد من الأخذ بنظرية الاثراء بلا سبب بوجه عام والزام مالك الارض بدفع قيمة البناء الى محدثه وعدم الاباحة له مطلقاً بطلب الهدم والازالة ؟ نقول انه اذا كان ماحدث انما عمل فى سبيل الاستغلال وتسهيله على صاحب الاستغلال وجب اعتبار ماحدث ملكا لمالك العين أخذاً بما قررناه بنظرية الالتزامات كما مر . وأما اذا كان ما حدث من البناء قد حصل لغير غرض تسهيل الاستغلال فانه يجب الاخذ فى هذه الحالة بنظرية الاثراء بلا سبب وعدم الازالة ، وان مالك الارض بالخيار اما بدفع ثمن المهمات أودفع ما زاد فى قيمة الارض . واذا كانت الزيادة الحاصلة بالأرض آتية بسبب أعمال الزينة والزخرف فما دام أن مالك الارض ليس ملزماً بها لانه لم تترتب عليها زيادة فى قيمة العقار فلا يكره على دفع قيمتها . ولمحدثها الحق فى أخذها على شرط أن لا يترتب على أخذها تلف بالعقار[3]

على أن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا الرأى . ولاحظ الناقدون له أن أحكامه

(١) د ، ٩٦ ، ١ ، ٣٤٠ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٣٦

(٢) الالتزامات ص ٦٤٦ ن ٦٩٢ و ص ٦٥٦ ن ٧٠٧

(٣) كولين وكابتان ص ٨٦٤

فى هذا الموطن قد تعارضت مع بعضها البعض ، وشابها من النقص فى التعليل القانونى ما شابها [1]. وذلك :

١ ) اذا حصلت الاعمال بمعرفة وكيل أو فضولى فلا يلزم رب العمل الا بقدر ما زاد نهائياً من هذا العمل للعقار ، أى بقدر ما زاد من قيمة العقار بسبب البناء [2]

٢ ) وعلى العكس مما تقدم أخذ القضاء الفرنسى بالمادة ٥٥٥ الخاصة بالالتصاق ( وهى المقابلة للمادة ٦٥ / ٩٠ مدنى مصرى كما رأينا ) فيما اذا كان صاحب البناء والغرس مستأجراً ، أو كان مشترياً وفسخ حقه ، أو كان مالكا على الشيوع . ويعامل هذا القضاء هؤلاء الحائزين باعتبار أن الحائز منهم اما أن يكون حسن النية . واما أن يكون سيئ النية . ولكل منهما حكم كما رأينا فيما يتعلق بحسن النية ويرجع فى معرفة النيـة الى ما كان يعلمه أو يجهله الحائز من أن العقار مملوك أو غير مملوك للغير . وعلى ذلك يعتبر المستأجر والمالك على الشيوع بمثابة الحائز سيئ النية لأن العقد بيدهم يدلهم على حقيقة هذه اليد . ولذا يجوز حينئذ للمالك اما طلب الازالة واما دفع ثمن المهمات بالنسبة لمن فسخ حقه أى فسخ عقده ، وزال حقه زوالا تاماً بزوال العقد ، ويعتبره القضاء تارة بمثابة الحائز حسن النية وطوراً بمثابة سيئ النية ، بالرجوع للظروف الخاصة فيما اذا كانت تدل على ان الحائز كان يعمل وهو على يقين من عمله أو أن الشك كان يساوره وقت العمل [3]

٣ ) وقرر هذا القضاء الفرنسى فى بعض المسائل النادرة عدم الأخذ بالمادة ٥٥٥ فرنسى المطابقـة للمادة ٦٥ مدنى مصرى فى حق بعض الحائزين النيابيين الذين لا يملكون لهم خاصة بل يحوزون وغيرهم يملك . وهؤلاء يشبهون كل الشبه طائفة الحائزين السالف ذكرهم لانهم ملمون بظروف الحال ويعلمون أنهم لا يملكون

---

(١) كابتان ص ٨٦٤ — ٨٦٥ (٢) د ، ٩٠٦ ، 1 ، ٥١٣

(٣) د ، ٨٧ ، ١ ، ٢٩٨ — س ، ٩٨ ، ٢ ، ٢١١ وكذلك فعل القضاء المصرى بالنسبة للمستأجر : استئناف ٢٥ اكتوبر سنة ٩٣ ح ٨ ص ٣٠٥ ، مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٣١

بأسمائهم . وقد قرر القضاء لهم الحق فى طلب تعويض فى مقابل ما أحدثوه . ولم يبح لمالك الارض مطلقاً حق الهدم والازالة ، بل قرر له حق الخيار فى طلب قيمة المهمات أو مقدار ما زاد فى قيمة العقـار بسبب ماحدث . قضى بذلك فى حالة ما اذا كان هناك مستأجر من الحكومة [1] قد التزم بالقيـام بأعمال للمصلحة العامة يجريها على عقار مخصص للمنفعة العامة [2] وفى حالة ما اذا كان الشخص الذى سيرث فيما بعد [3] قد أحدث بناء فى ملك مورثه [4] قبل وفاة هذا الأخير [5]

**٣١٨ — فى الغرس والبناء بمعرفة المنتفع** . يظهر أنه بناء على ماسار فيه القضاء الفرنسى المتقدم من التعارض ومن المخالفـة للاصول القانونية ، يجب أن يعتبر المنتفع حينئذ بمثابة واضع يد سيىء النية فيما اذا أقام بناء بالارض أوأجرى بها غرساً ما [6] . وهذا ما قضى به القضاء البلجيكى

أما ما استند اليه هذا القضاء الفرنسى فى جعل المادة ٥٩٩ تتمشى على المنتفع وما يحدثه من المبانى والمغروسـات ، واعتبارها كلها بمثابة تحسينات واصلاحات فى سبيل الاستغلال ، هو صعوبة التفرقة بين التصليحات والمبـانى وايجاد مميز بين الاثنين من الوجهة العملية . هذا أولا . وثانياً أخذ القضاء بالقياس مع المادة ٢١٣٣ مدنى فرنسى فى أن « الرهن يشمل ما يحدث بالعقار من الاصلاحات التى تحدث بعد تقريره » وان الآراء متفقة على أن الاصلاحات هذه تشمل أيضاً المبانى والمغروسات المنشأة على الارض العارية ( والمادة ٢١٣٣ فرنسى تقـابل

(١) Affectataire (٢) د ، ٩٦ ، ١ ، ٩٧ ومقال Sarrut

(٣) Successible (٤) De cujus (٥) د ، ٩٠٢ ، ٢ ، ٢٤١ ومقال كولين Colin

(٦) د ، ٨٨ ، ٢ ، ٢٥٦ — س ، ٨٧ ، ٤ ، ٤٩ . ولـكن محكمة النقض والابرام بباريس قضت بالعكس . ذلك أنها قررت الاخذ فى هذه الحالة بالمادة ٥٩٩ الخاصة بالتحسينات التى يجريها المنتفع وهى التى تقول بأنه لا يجوز للمنتفع مطالبة مالك العين بتعويض ما فى مقابل ما أجراه من التحسينات وقت الانتفاع ( د ، ٨٦ ، ١ ، ٣٦١ — س ، ٨٦ ، ١ ، ١١٣ — وأيدتها محكمة من محاكم الاستئناف : س ، ٩٠٧ ، ٢ ، ١٣٨ ) ولقد سبق أن رأينا أنه ليس لهذه المادة شبيه بقانوننا المصرى ( قارن المادة ٢٦ / ٤٥ مدنى )

المادة ٥٦٤ / ٦٨٨ مصرى وقد جاءت المادة المصرية اكثر بيانا وقانونا عن المادة الفرنسية بالنسبة للرهن . اذ قالت : « الرهن يشمل جميع اجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الاصلاحات والابنية التى تعود منفعتها على مالكه ، الا اذا وجد شرط يخالف ذلك» واستند القضاء الفرنسى أخيراً الى أن الرومان قد نحوا أيضاً هذا النحو كما نحاه أيضاً القانون الفرنسى القديم فى اعتبار البناء الذى يحدثه المنتفع من قبيل الاصلاحات

أما الفقه فقد نقد هذا الرأى نقداً شـديداً وأول ما لاحظه هو ان المنتفع يعامل فى هذه الحالة معاملة تقسو بكثير عما يعامل به المغتصب[١] وفى ذلك مافيه من المساس بالعدالة مساساً جارحاً . على أن المـادة ٥٩٩ انمـا هى تخالف المنطق والبداهة وهى منتقدة من هذه الوجهة . وكل ما يمكن ان يقال بشأنها بأن الاصلاحات انما تأخذ اثمانها من الايراد . فاذا أجرى المنتفع شيئاً منها فهو انمـا يعمل على أن يحرم نفسه من جزء من الايراد ، أى ثمرات العقار محل الانتفاع . أما البناء الجديد فهو على العكس من ذلك لانه ليس جزء من الثمرة بل رأس مال مستقل بذاته . واذا كان كذلك فكيف يمكن حينئـذ ادراجه ضمن مال صاحب العين دون أن يدفع هذا الاخير ثمنه للمنتفع ؟ وان قيل بأن هناك شبه استحالة فى تمييز الاصلاحات عن الابنية الجـديدة ، فلا يرى هنا أثر لهـذه الاستحالة الموهومة . وأما ما قرره الرومان فى هذا الشأن من تميز الابنية عن الاصلاحات وجاراهم فيه قدماء الشارحين للقانون الفرنسى القديم ، فانهم قرروا حقيقة بأن من بنى بأرض الغير وهو يعلم انها ليست له لا تعويض له . ولكن يلاحظ ان الشارع الفرنسى قرر بالمادة ٥٥٥ والشارع المصرى بالمادة ٦٥ مايفيد عدم الاخذ مطلقاً بهذه القاعدة الرومانية المجحفة لانه بمقتضى هذا القانون الحاضر يجوز للبانى وهو يعلم بأن الارض ليست ملكا له ان يطالب بتعويض كما رأينا . وكان من الواجب فى هذه الحالة معاملة المنتفع على الاقل معاملة واضع اليد بسوء النية . ومن غريب أمر بعض

---

(١) كابتان ص ٨٦٥

رجال الفقه انهم يؤيدون هذا القضاء ويستندون الى الفقرة الاخيرة من المادة ٥٩٩ القائلة بأنه يجوز للمنتفع أن يأخذ وقت خروجه المرايا والصور وجميع الاشياء المعدة لزينة العقار أى لا يأخذ الا ماكان معداً للزينة ، وما عداها فيبقى ملكا للمالك ، مع أن الفقرة المذكورة جعلت الخيار للمنتفع فى أن يأخذ هذه الاشياء أو لا يأخذها . فاذا اخذها فانما يأخذها لانها من حقه. وحق الاخذ هذا حق مقرر أيضاً لواضع اليد سيىء النية فيما اذا لم يرد المالك ان يدفع له التعويض[1]

## § ٣ — الفرض الثالث . أن يكون البانى أو الغارس غير مالك لا للارض ولا للمهمات

**٣١٩** — فى هذه الحالة قررت المادة ٦٦ مدنى اهلى ولا مثيل لها لا بالقانون المختلط ولا بالقانون الفرنسى ما يأتى : « اذا حصل البناء أو الغرس أو غير ذلك[2] من شخص فى ارض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره ايضاً فلا يجوز لصاحب المهمات والادوات المذكورة أن يطلب ردها اليه[3] بل يكون له الحق فى أخذ تعويض من الغارس أو البانى أو من صاحب الارض على قدر ما يكون مطلوباً منه » . ومعنى ذلك أن البانى أو الغارس اذا كان لا يملك الارض والمهمات فلا يملك مالك المهمات الحق فى طلب تثبيت ملكيته للمهمات ونزعها من الارض ، انما كل ماله هو أن يطلب الى مالك الارض ما اشتغلت به ذمته نحو البانى من جراء الاحتفاظ بالبناء أو أن يطلب من باب أولى هـذا التعويض الى البانى ذاته . والمادة على ما نرى ليست من الوضوح بحيث يصح السكوت عنها . ذلك لان الشارع لم يبين لنا ما هى حقوق صاحب الارض ، هل هو ملزم فى هذه الحالة دائماً وأبداً باستبقاء البناء أو الغراس ، وأن يدفع فقط تعويضاً للبانى ، سواء فى ذلك كان هذا الاخير حسن النية أو سيئها ؟ وما ذا يكون التعويض ، هل يكون عن ثمن المهمات أو مقدار ما زاد فى قيمة الارض بسبب البناء ؟ هذه

(١) كابتان ص ٨٦٦ (٢) Ou ouvrages (٣) Revendiquer

مسائل لم يتعرض لها الشارع فى هذه المادة . وظننا أنه يريد بهذا الصمت أن يحيل على المادة ٦٥ مدنى أهلى فيما يتعلق بحسن النية وما يترتب لصاحب الارض من حق الخيار فى طلب الازالة من جهة ، أو من دفع ثمن المهمات أو ما زاد فى قيمة العقار من جهة أخرى . ولا يمكن أن يكون غرض الشارع الزام صاحب الارض باستبقاء البناء دائما وأبداً حتى ولو كان البانى سيىء النية ، لما فى ذلك من حرمانه من حق طلب الازالة وهو حق يملكه بمقتضى المادة ٦٥ لو كان البانى مالكا للمهمات . أما مالك الادوات فله حق المطالبة بثمنها . والبانى ملزم فى الاصل بها أمامه وليس صاحب الارض ملزماً بالثمن أمام مالك المهمات الا اذا كان التعويض لم يدفع بعد من صاحب الارض الى البانى كلا أو بعضاً . اذ يجوز فى هذه الحالة فقط ان يرجع على صاحب الارض بما اشتغلت به ذمته نحو البانى .

## ب — فى الالتصاق العقارى الطبيعى

**٣٢٠** — هذا الالتصاق العقارى الطبيعى [١] على نوعين . الالتصاق الناشىء عن الجوار للنيل والالتصاق الناشىء عن اتخاذ بعض الحيوانات عقاراً مرقداً لها

### § ١ — فى الالتصاق العقارى الطبيعى

### الناشىء عن الجوار للنيل

**٣٢١** — يلاحظ فى الالتصاق أصل وتبع أو تابع ومتبوع . فالاصل هو ما وجد أولا . والتبع هو ما عرض وجوده بعد وجود الاصل . والالتصاق الطبيعى العقارى هنا انما هو خاص بالاراضى الزراعية وغير الزراعية ، أى أن يكون الاصل قد عرض له تبع فاتصل به فأصبح الاثنان مملوكين لواحد وهو مالك الاصل . والزيادة حادثة بفعل الطمى [٢] وهو طمى النيل أو الترع العامة أو الترع الخاصة

---

(١) Accession immobilière naturelle (٢) Alluvions

**٣٢٢ — طمى الترع الخاصة :** اذا كان لمالك أرض ترعة خاصة به فمن البديهى أن يملك الزيادة التى تتصل بأرضه بفعل الطمى الذى تنقله اليه ترعته الخاصة .

**٣٢٣ — طمى النيل والترع العامة :** النيل والترع العامة ليست ملكا لاحد بل هى من المنافع العامة كما رأينا . ومعنى ذلك أن المياه ومجرى المياه غير مملوكة للافراد . ولكن اذا حملت المياه الطمى وأحدث الطمى زيادة أى تبعاً بالارض المملوكة للفرد فكان المنطق يقضى بأن تكون الزيادة ملكا للمنفعة العامة لانه يترتب على هذه الزيادة نقص فى اتساع عرض النيل أو الترع العمومية . ولكن الشارع خالف هذه القاعدة واعتبر الزيادة ملكا لصاحب الارض اذ قرر بالمادة ٦٠/٨٠ مدنى و٥٥٦ فرنسى ما يأتى : «ما يحدث من طمى الانهار [1] على التدريج يكون ملكا لمالك الارض التى على ساحل النهر» [2] فالزيادة ملك لمالك الارض المجاورة مباشرة للماء . فان كان المالك فرداً امتلك الزيادة . وان كانت الحكومة اعتبرت مالكة للزيادة اما باعتبارها شخصاً معنويا فيما تمتلكه من الاملاك الخاصة بها ، واما باعتبارها صاحبة الولاية العامة ، كما اذا كانت الارض المطلة على الماء مباشرة جسراً أو طريقاً عمومياً . اذ الزيادة فى الحالتين تعتبر ملكية خاصة للحكومة . انما يجوز نقل الطريق العام بالقرب من الماء كما كان من قبل ، وعلى ذلك تعتبر الزيادة طريقاً عاماً ، والطريق العام القديم أرضاً حرة مملوكة للحكومة . أى كأنه يحصل بين الارضين حلول عينى عقارى . ويلاحظ هنا أن القانون الفرنسى قرر بالمادة ٥٥٦ بأنه فى حالة ما اذا وجد طريق فاصل بين المالك والنهر ثم حصلت الزيادة أصبحت الزيادة لمالك الارض ووجب عليه أن يترك بالقرب من النهر طريقاً يشبه الطريق الاصلى . ولكن يجب أن لا ننسى أن هذا الطريق هو حق ارتفاق مقرر للمصلحة العامة على ملك المالك . ولم يكن طريقاً ملكا للمنفعة العامة حتى كان يقال بحرمان

---

(١) Alluvions (٢) Propriétaire riverain

الجـار للماء من الزيادة . والزيادة يتملكها صاحب الارض سواء حدثت عنـد ما كانت يده قائمة على الارض أو كانت يد غيره النائبة عنه

ولا تتحقق ملكية الزيادة المتخلفة عن الطمى للمالك المجاور للنهر الا بتوافر الشروط الآتية :

أولا . — يجب أن تكون الزيادة حاصلة بالتدريج كما تقول المادة ٦٠ المذكورة والغرض من هذه الزيادة التدريجية هى التى تحصـل من الطمى . والطمى [١] هو الزيادة [٢] التى تحصـل بطريق التتابع ومن غير أن ترى [٣] . فاذا حصلت الزيادة حينئذ مرة واحدة ولم تحصل بالتدريج ، سواء كانت طبيعية أو بفعل انسان فانها تكون للحكومة ولا يمتلكها مالك الارض[٤]

ثانياً . — أن تكون الزيادة طبيعية . وهذه الحالة نتيجة للحالة السابقة . أى أن لا يكون للانسان دخل فيها . فاذا وقع منه عمل دل على اعتدائه على النيل أو الترعة فلا يملك الزيادة المتخلفة من الطمى كما اذا وضع أخشاباً أو أحجاراً بالماء وبجوار أرضـه . أما اذا كان الغرض من وضع الاشـياء حماية أرضه من غوائل المياه وهى جارية بقوة الفيضان فانه يتملك الزيادة ، على شرط أن تكون وزارة الاشـغال قد أذنت له باجراء هذه الاعمال [٥] اذ لا تعتبر أعماله وقتئذ تعديا منه على ماء النيل انما تعتبر حماية له

ثالثاً . — أن تكون الارض المملوكة للفرد متصلة بماء النيل أو الترعة . فاذا انفصلت عنه فلا تملك الزيادة . وتعتبر منفصلة فيما اذا كان يفصلها عن الماء طريق عام كجسر النيل أو جسر الترعة العمومية أو السكة الزراعية . ولا تعتبر منفصلة اذا كان صاحب الارض قد ترك الناس يمرون من أرضه من طريق التسامح منه ، أو كان قد أنشأ لها سياجا يفصلها عن الماء أو رصيفا بالحجارة حتى لا تأ كل المياه شاطىء أرضه

---

(١) Alluvions أو Lai (٢) Atterissement أو Accroissement ج ع ٣ ص ٢ ن ١١ (٣) كولين وكابتان ج ١ ص ٨٦٦ (٤) دى هلس ج ١ ص ٢٢ ن ٩ و١٠ — م ت ق ، ٢٩ ، ٣٦٤ (٥) فتحى زغلول باشا ص ٧١

واذا حصلت الزيادة بشاطىء النيل أو الترعة العمومية وامتـدت على أملاك مختلفة للمجاورين للماء اقتسم هؤلاء الملاك تلك الزيادة . وطريقة التقسيم هو أن يأخذ كل مالك الجزء من الزيادة التى اتصلت بأرضه ، وذلك بحصر هذا الجزء بين خطين وهميين ينصبان عمودياً على النيل أو الترعة العمومية [1]

**٣٢٤ — فى طمى البحر الملح** : البحار المالحة ملك للحكومة . فاذا انكشفت عنها الارض ملكت الحكومة الارض ولو كان على ساحل البحر ملك للافراد . وفى ذلك تقول المـادة ٨٦/٦٢ مدنى ما يأتى : « الطمى [2] الذى يحدث فى البحيرات [3] يكون ملكا لاصحابها وأما الاراضى التى ينكشف عنها البحر الملح فتكون ملكا للميرى » . حتى ولو كان للافراد ملك على ساحل البحر [4] . انمـا يجوز للفرد المالك على شاطىء البحر العام ان يأخذ من شواطىء البحر ما يلزمه لاجل اعادة حدود ملكه الى ما كانت عليه من قبل . وتقول المادة ٨٨/٦٣ مدنى ما يأتى : « لايجوز التعـدى [5] على أرض البحر الا لاعادة حدود الملك الى ما كانت عليه »

وأما اذا كانت البحيرة مملوكة للفرد فمن البديهى أن تكون الارض التى انحسرت عنها المياه ملكا لصاحب البحيرة ، كما قلنا مثل ذلك بشأن الطمى الذى تتكون عنه زيادة بالترعة الخصوصية .

**٣٢٥ — فى حكم الالتصاق الطبيعى العقارى** : تترتب على الالتصـاق العقارى الطبيعى أحكام هامة وهى نتيجة لما قررناه فى أن الزيادة للمالك . وعلى ذلك يمكن تقرير الاحكام الآتية :

١ . — ما دام ان الزيادة للمالك ، وليست للحكومة أو لغير المالك فانه يجب عليه أن يدفع ضريبة تقررها الحكومة بعد حصول هذه الزيادة

---

(١) دى هلس ج ١ ص ٢٤ ن ٢ (٢) Alluvions (٣) Lacs
(٤) م ت ق ، ١٣ ، ٦٥ (٥) Empiéter

٢ . — اذا كانت الارض مؤجرة الى الغير دخلت الزيادة فى الايجار. ويجب على المستأجر أن يدفع ايجاراً لهذه الزيادة لمالك الارض

٣. — اذا كانت الارض مرهونة رهناً عقاريا حيازيا وكانت بطبيعة عقد الرهن هذا تحت يد الدائن المرتهن اعتبرت الزيادة كما قلنا ملكا للمالك ووجب على هذا الدائن محاسبته على غلة الزيادة طبقاً للمادة ٥٤٥/٦٦٧ مدنى

٤. — حق الانتفاع وهو حق عينى ، اذا تقرر لاحد على الارض الاصلية، تمشى هذا الحق أيضاً على الزيادة الحاصلة . قال بذلك القانون الفرنسى ( المادة ٥٩٦ ) ولم ينقله القانون المصرى ولكن يجب الاخذ به باعتباره قاعدة عامة [١]

٥ . — واذا تقرر للغير حق ارتفاق على الارض الاصلية فهل يتمشى ايضاً على الزيادة ؟ يقول دى هلس [٢] وفتحى باشا زغلول [٣] بالايجاب . ونرى نحن أن لا تطلق هذه القاعدة لان فى الاطلاق مخالفة لروح حق الارتفاق باعتباره قيداً لملكية الغير. فاذا كان حق الارتفاق متصلا كل الاتصال بالزيادة المتصلة هى الاخرى كل الاتصال بالاصل صح القول بتمشى الارتفاق على الزيادة . كحق مرور المياه مثلا. وذلك طبيعى لانه لا يمكن الوصول لمأخذ المياه الا اذا اخترقت المسقاة الارض الاصلية والزيادة باعتبار أن الزيادة أصبحت وقد فصلت الاصل عن النيل . ولكن اذا كان الارتفاق لا يتعلق بمرور مسقاة ، انما يتعلق بأى نوع آخر من حقوق الارتفاق ولا شأن للزيادة به فانه يجب ان لا يتمشى حق الارتفاق على الزيادة مطلقاً . مثلا حق الارتفاق الخاص بأخذ الرمال من الارض المرتفق بها. فاذا زاد هذا العقار الاخير وكان المقدار الاصلى من الرمال كافياً للعقار المرتفق، فلماذا يزيد هذا المقدار مع انه كاف فى أصله ؟ ألم نر أنه يجوز تنقيص حق الارتفاق وزيادته كلما قضت الضرورة ؟ واذا كان كذلك وجب حينئذ أن تكون الضرورة هى المقياس الذى يقاس به الارتفاق . ولذا لا نرى محلا لهذا الاطلاق فى تمشى الارتفاق على الزيادة ، بما قال به دى هلس وفتحى باشا زغلول بغير حق

(١) دى هلس ج ١ ص ٢٥ ن ١٩ (٢) ج ١ ص ٢٥ ن ٢٨ (٣) ص ٧٢

٦. — اذا بيعت الارض بيعاً معلقاً على شرط توقيفى أو على أجل وظهرت الزيادة قبل تحقق الشروط وحلول الاجل كانت الزيادة من حق المشترى وليس للبائع حق مطالبته بثمنها

٧.— واذا بيعت الارض بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كالبيع الوفائى واسترد البائع العقار فى المدة المضروبة كان الاصل والزيادة له معاً . ولايجوز للمشترى مطالبة البائع بقيمة الزيادة

٨. — اذا كانت الارض مرهونة رهناً رسمياً وزادت اثناء قيام الرهن ، تمشى الرهن على الزيادة ، الا اذا اتفق العاقدان على خلاف ذلك بعقد الرهن (٥٦٤ / ٦٨٧ مدنى و٢١٣٣ فرنسى )

٩. — اذا كان واضع اليد على الارض سائراً فى طريق التملك بمضى المدة ثم طرأت زيادة على الارض أثناء التقادم تملك واضع اليد الاصل بالتقادم وكذلك الزيادة ولو أنه لم تمض مدة التقادم على الزيادة

**٣٢٦ — فى تحويل الارض وفى الجزر** : يحصل أن النيل بقوة جريانه يأكل ماؤه جزءاً من املاك المجاورين للنيل ، ثم يتبين أن هناك زيادة حصلت أيضاً بالشاطىء [١] . وجرت العادة على تسمية هذه الحالة « بتحويل الاراضى بقوة جريان النيل » [٢] أو « طرح البحر » وهى تسمية مجازية لانه لم يحصل تحويل من أرض اكلتها المياه، ثم ظهور أرض بجهة أخرى من الشاطىء ، لان الارض التى ظهرت ليست هى الارض التى اكلت . هذا فيما يتعلق بالتحويل

وأما الجزر فهى على نوعين . نوع يحصل بطريق انفصاله عن الارض المملوكة للافراد فتأتى المياه فتشق الارض وتمر فيها على شكل فرعين فتتخلف بين الفرعين

(١) وهذا مايسمى Avulsion ( كابتانص٨٦٧) أو Érosion ( ج ع ٣ص٢ ن١٠ )
(٢) Déplacement

جزيرة . هذه الجزيرة ملك لمالك الارض المشقوقة . انما مجرى الفرعين يصبحان خارجين عن ملكه ويلحقان بالمنافع العامة . ونوع يحصل من تخلف الطمى وتراكمه فى وسط مجرى النيل . ولهذا النوع الأخير أحكام خاصة

وللتحويل والجزر المتخلفة وسط النيل أحكام معينة وردت باللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ ( ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ ) وفى ذلك تقول المادة ٦١ / ٨٥ مدنى ما يأتى : « أما الاراضى التى يحولها النهر بقوة جريانه والجزائر التى تتكون فيه فيتبع فيها منطوق اللائحة الصادر فى سنة ١٢٧٤ » وقد وردت هذه الاحكام بالمادة ١٣ من اللائحة المذكورة [1]

أما هذه الاحكام فهى تتلخص فيما يأتى :

## ٣٢٦ – عوم التحويل . واحكامه هى :[2]

١ — اذا حصل التحويل بقرب البلد الذى جرف النهر اراضيه وكان الجزء المحول متصلا بطرف من تلك الاراضى فالزيادة تقسم بين الذين جرفت أراضيهم بنسبة ما يملك كل واحد منهم ولا حق فيها لاصحاب الاراضى التى التصقت بها الزيادة .

٢ — اذا لم تكف الزيادة لسد العجز رفعت أموال ما ضاع على الملاك

٣ — اذا زادت الارض الجديدة عن حقوق أصحاب الاراضى التى نقصت فالزيادة تباع بالمزاد لاهل البلد المجاورة لها أى للزيادة [3]

٤ — اذا كانت الزيادة بعيدة عن البلد التى نقصت أراضيها تباع الزيادة بالمزاد وتعطى لصاحب العطاء الاكبر أيا كان

وحكم التحويل بالقانون الفرنسى مبين بالمادة ٥٥٩ [4]

---

(١) انظر هذه اللائحة بقاموس الادارة والقضاء لجلاد بك ج ١ ص ١١٨ — ١٢٥ والتعديلات التى حصلت بها ص ١٢٥ — ١٢٦ تحت عبارة ( أطيان زراعية )

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٧٢ — ٧٣ — دى هلس ج ١ ص ٢٦ — ٢٨ ن ٣١ — ٤٠

(٣) م ت ق ، ٢٩ ، ٣٦٤ (٤) كابتان ص ٨٦٧

**٣٢٧ — الجزر .** يلاحظ فيها ما يأتى :

١ — الجزر التى تتكون فى مجرى النيل ولم تكن منفصلة من أرض مملوكة من قبل تصير حقاً للحكومة

٢ — تباع الجزر المذكورة بالمزاد . ولا يقبل العطاء الا من أهالى البلاد المقابلة أطيانها للجزيرة من الجانبين

٣ — الزيادة التى تحصل فى الجزر بعد بيعها تعطى لملاكها مقابل ثمن يدفعونه باعتبار الثمن الذى اشتروا به الجزيرة أولا . مع أنه كان من اللازم أخذاً بأحكام الالتصاق الطبيعى العقارى أن تكون الزيادة ملكا لمالك الجزيرة

٤ — اذا نقصت الجزيرة بقوة الجريان يرفع مال ما نقص

وحكم الجزر بالقانون الفرنسى مبين بالمواد ٥٦٠ — ٥٦٢ مدنى والمادة ٥٦٣ المعدلة بقانون ٨ ابريل سنة ١٨٩٨[1]

**٣٢٨ — السلطة المختصة بتنفيذ اللائحة السعيدية فيما يتعلق بطرح البحر والجزر :** صدرت اللائحة السعيدية سنة ١٨٥٤ بالطريقة التشريعية المعروفة فى ذلك الوقت وهى الطريقة التى تبينت فى مقدمة تلك اللائحة[2] اذ وضعها أولا مجلس الاحكام ثم عرضت على الاعتاب السنية ثم اطلع عليها المجلس المخصوص ثم عرضت على بعض مديرى الوجه البحرى والقبلى بالداخلية ، ثم عرضت أخيراً على المديرين والمجلس المخصوص معاً وانتهت بما هى معروفة به الآن . وتقرر فى خاتمة تلك اللائحة[3] بأنه اذا طرأت حالة لم تكن مبينة باللائحة فتعرض على المجلس المخصوص ثم على الاعتاب السنية ثم تصدر بها الارادة العلية

وقد بينت المادة ١٤ ، وهى قبل المادة الأخيرة من اللائحة ، الاحكام التى يجب اتباعها فى طرح البحر من تحويل وجزر . والغرض من هذه الاحكام كما رأينا أن

(١) كابتان من ٨٦٨ — ٨٦٩ (٢) قاموس الادارة والقضاء ج ١ ص ١١٨ نسخة عربية (٣) جلاد بك ج ١ ص ١٢٥

تبين لكل مالك مقدار حقه وكميته فى طرح البحر . وكانت الادارة من ذلك العهد هى التى تتولى تقسيم طرح البحر على مستحقيه بالكيفية المبينة باللائحة . فاذا اختلف صاحب الحق مع الادارة فى شيء فما كان له من سبيل فى التظلم مما نزل به حيث كانت سلطة القضاء ممتزجة بسلطة الادارة ، والسلطتان لا أثر لها أمام سلطة الحاكم الذى كان يجمع فى يده هاتين السلطتين مع السلطة التشريعية

ولما انشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ انفصلت السلطات الثلاثة عن بعضها البعض بالنسبة للاجانب مع المصريين ، ثم تقرر انفصالها بالنسبة للمصريين أيضاً سنة ١٨٨٣ بانشاء المحاكم الاهلية . وعلى ذلك أصبحت كل سلطة وقد تحدد لها اختصاصها بحيث لا يجوز للواحدة التعدى على الاخرى . وتميزت سلطة القاضى عن سلطة الحاكم . وأصبح للقاضى دستور يتبعه وهو القانون المجموع بمواد [1] فلا يعرف الا غيره ، بحيث اذا لم ينص به على شيء ألزم بالاخذ بالعدالة ، والا أصبح مسئولا مدنياً وجنائياً فيما اذا أبى الحكم فى الدعوى . وكذلك الادارة فقد سلخ منها ما سبق أن تقررلها فى عهد حصر السلطات الثلاثة فى يد واحدة ، وأصبح لها قدر ضئيل من السلطة القضائية وتسمى بالقضاء الادارى وهو قضاء مبين كل التبيين باللوائح والقوانين المنفردة

هذا وقرر الشارع المختلط سنة ١٨٧٥ بالمادة ٨٥ والاهلى سنة ١٨٨٣ بالمادة ٦١ بأن توزيع الاراضى المتخلفة عن النيل وتوزيع الجزائر التى ظهرت فى مجرى النيل يحصل بالنسب والمقادير المبينة باللائحة السعيدية [2] وهذا الافصاح من جانب الشارع قاطع فى أن حقوق المجاورين للنيل أو للترع العامة يرجع فى تكوينها وتعيين مقاديرها الى اللائحة السعيدية . ومعنى ذلك أنه اذا اختلف الجيران فيما بينهم وجب عليهم الرجوع للقضاء العادى باعتباره السلطة الوحيدة المنصبة من الشارع للفصل فى الخصومات بين الافراد . وعلى القاضى فى هذه الحالة أن يأخذ

---

(١) Codes (٢) راجع النص الفرنسى للمادة فانه أوضح بياناً وآثر فى جلاء المعنى الصحيح من ذلك النص العربى الذى ورد بالنسخة العربية

بالمادة ١٤ من اللائحة السعيدية وهى المادة التى عينت الحقوق ورتبت لها أحكامها ومقاديرها ونسبها . وربما كان يجدر بالشارع بأنه بدلا من أن يقول بالرجوع فى مقادير هذه الحقوق ونسبها الى اللائحة السعيدية ، أن ينقل المادة ١٤ المذكورة من اللائحة ثم يأتى بها بالمادة ٨٥/٦١ مدنى . ولكنه استعاض عن النقل بالاشارة اليها وضرورة الاخذ بها

على ذلك يمكننا القول بأن السلطة القضائية الحاضرة بعد سنتى ١٨٧٥ و١٨٨٣ أصبحت هى المختصة دون غيرها بالفصل فى المنازعات التى تقوم بين الافراد بشأن طرح البحر وجزره [1] بمعنى أنه اذا تخاصم الافراد بشأن هـذه الاراضى أمام القضاء وجب قبول الدعوى شكلا ، والبت فيها موضوعاً طبقاً للمـادة ١٤ من اللائحة السعيدية، أى يحكم بتثبيت ملكية الارض المتنازع فيها وتسليمها لصاحبها، أو يحكم برفض الدعوى ، تبعاً للظروف وأدلة كل خصم

هذا وقد جاءت اللائحة السـعيدية خلواً من أى عبارة تفيد فى أن توزيع أراضى طرح البحر وجزره هو من اختصاص السلطة الادارية

ولكن للاسف هناك قضاء يقضى بعكس ما قررنا وبعكس ما أيد نافيه بعض القضاء ، ويقول بأن السلطة الادارية هى المختصة دون السلطة القضائية بتنفيـذ اللائحة السعيدية ، وعلى الاخص بتنفيذ المادة ١٤ منها الخاصة بطرح البحر وجزره

ويستند هذا القضاء الغريب الى الحجج الآتية :

١ ) ان طرح البحر وجزره هو من الاملاك العامة . وأن الحكومة هى التى تتولى بمقتضى اللائحة السعيدية حق توزيعها على الافراد طبقاً للقيود الواردة بها . وان قراراتها فى هذا الشأن قاطعة لا تقبل استئنافاً . فاذا عرض نزاع من هذا القبيل وجب على القضاء أن يبحث فيما اذا كانت الارض المتنازع فيها هى من طرح البحر

---

(١) محكمة الموسكى الجزئية فى ٢٣ ديسمبر سنة ٩٠٦م ر ١ ، ٨ ص ٦٨ رقم ٩٤ — محكمة أسيوط الابتدائية فى ٢٩ يناير سنة ٩١٦م ر ١ ، ١٨ ص ٩٦ رقم ٥٥ وألغى هذا الحكم من محكمة الاستئناف بتاريخ ٧ مارس سنة ٩١٧ م ر ١ ، ١٨ ص ٩٦ رقم ٥٥ كما سيأتى ذكره

وجزره أو من الاراضى المملوكة للافراد فى الاصل . فاذا كان الاول وجب على القضاء الاخذ بقرار الادارة كما هو. وان كان الثانى فلا شأن للادارة وقرارها غير نافذ . وقرار الادارة بشأن اللائحة السعيدية قرار يعتبر من الاعمال الادارية [١] ولا يسمى عملا من أعمال السيادة العامة[٢]

٢) يقول القضاء بأن اللائحة نصت على أن توزيع هذا النوع من الاراضى هو من اختصاص السلطة الادارية . وانه ما دام كذلك فيجب اعتبار عمل الادارة خارجاً عن نقد القضاء له ، الا اذا خالف القوانين واللوائح ، اذ يجوز الحكم بتعويض فقط مع عدم المساس بالعمل الادارى فى ذاته، وذلك أخذاً بالمادة ١٥/١١ من لائحتى انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة[٣]

أما هاتان الحجتان فلا ينهضان أمام البيان التاريخى والبيان التحليلى للمادة ٦١/ ٨٥ مدنى ، وذلك

١ . — لان المادة ٦١/٨٥ المذكورة انما نصت فقط على بيان النسب والمقادير التى يجب الاخذ بها عند توزيع طرح البحر، بدليل ما ورد بالنص الفرنسى لها [٤]

٢ . — ان المادة ٦١/٨٥ مدنى لم تنص مطلقاً أن يكون التوزيع بواسطة الادارة

٣ . — ان اللائحة السعيدية نفسها لم تقل هى الاخرى مطلقاً أن التوزيع يكون بمعرفة السلطة الادارية ، على خلاف ما قرره بعض الاحكام بلا حق .

---

(١) Acte d'administration أو Acte administratif

(٢) Acte de souveraineté : استئناف م ١٢ مارس سنة ٩٠٢ م ت ق ، ١٤ ، ١٨٣ . — ج ع ٢ ص ٨ ن ١١ — مجموعة عياشى ص ٣٠٨ ن ١٤٢٧ .

(٣) استئناف ٧ مارس سنة ١٩٧ م ر ا ، ١٨ ص ٩٦ رقم ٥٥ وهو منشور أيضا بالحقوق ٣٣ ص ١٠ والشرائع ٤ ص ٣٥٣ رقم ١٠٣ . — محكمة أسيوط الكلية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ ص ٤٤ رقم ١٨

(٤) وهذا النص هو : « Les attributions des terrains déplacés par le fleuve, et des îles formées dans son lit sont réglées conformément au decret de 1274 »

ولقد راجعنا نصوص هذه اللائحة الواحد بعد الآخر فلم نجد أثراً لذلك البتة

٤ . — ان قيل بأن أصل طرح البحر وجزره من المنافع العامة ، فانه لا يترتب على ذلك حتما أن تتولى الادارة توزيعها من طريق الاعمال الادارية التى لا تقبل طعناً مبطلا لها . على أن القول بأن الزيادة من المنافع العمومية فانها ان تحققت فى الجزر فلا تتحقق فيما يأكله البحر هنا ويكونه أراضى بالطمى هناك

٥ . — أليس مما يدعو للغرابة والدهشة أنه اذا خالفت الادارة قيود توزيع الاراضى فلا يمكن طلب تصحيح الخطأ واعطاء صاحب الحق حقه طبقاً للائحة، بل يجب فقط الزام الحكومة بتعويض ، لان توزيعها عمل ادارى وهو خارج عن تأويل القضاء له أو المساس به بل كل ما له هو الحكم بتعويض فقط أخذاً بالمادة ١٥/١١ من لائحتى انشاء المحاكم الاهلية والمختلطة ؟ لا يمكن اعتبار ذلك عملا اداريا بالمعنى الصحيح لان العمل الادارى هو ما تعلق بالاعمال العامة فى تنظيم احوال الناس وربطها بحسن النظام . وأين ذلك من توزيع الحقوق المالية على أصحابها ؟

٦ . — يقول القضاء فى تعليل رأيه : «وحيث أن حكمة ذلك جلية لان أطيان طرح البحر يجب أن توزع عدلا على كل من أكل البحر من أرضه ، وذلك بقطع النظر عن مكان الطرح ومكان الاكل . وليس فى مقدور أحد مثل الادارة أن يتولى هذا العمل بقدر ما يستطاع من العدالة » وهو تعليل يدعو للدهشة . كأن العدالة فى هذا التوزيع أصبحت وقفاً على الادارة دون القضاء ، وان هذا الاخير لا يستطيع الوقوف على حقائق الحال والاخذ بالعدالة ، مع ان النزاع يرجع دائماً الى شهادة الشهود وتقديرها والى كشوف مصلحة فك الزمام . وهل تملك الادارة من الوسائل العلمية القانونية ما تستطيع معه أن تفصل فى نزاع اضطربت فيه الشهادة وتعارضت مع الكشوف ، اكثر مما يملكه القاضى بفنه وعلمه فى القانون ، وفى مثل هذه المسائل على الاخص ؟ أليس عند الضرورة يعين خبير حالف لليمين فيبحث النزاع ويقدم تقريراً يتناوله النقد من طريق القانون من جانب طرفى الخصومة القائمة ؟

أليس الحكم الذى يصدر يخضع هو الآخر أيضا لوسائل الطعن فيه بالمعارضة والاستئناف والتماس اعادة النظر ؟

أليست هذه كلها ضمانات للعدالة اكثر بكثير مما لا ضمانات مثلها تأخذ بيد العدالة اذا تولت الادارة التوزيع حيث لاخبير ولااستئناف ولايمين ولامرافعات؟

المبدأ الصحيح هوما ذهبنا اليه ، ويؤيدنا فيه كما رأينا بعض الاحكام والتاريخ ونصوص القانون بل وروح القانون اذا أخذنا بهذه الكلمة المبهمة « العدالة »

## § ٢ — فى حق التملك لبعض الحيوانات

## بواسطة الالتصاق

**٣٢٩** — قرر القانون الفرنسى هذا النوع من التملك بالالتصاق بالمادة ٥٦٤ فقال « بأن الحمام الذى ينتقل من برج الى برج والارانب من غيط الى غيط والسمك من ترعة الى ترعة تصبح ملكا لمن انتقلت اليه على شرط أن لايكون ذلك مشوبا بالغش والتغرير » ولا شك ان السبب فى التملك انما هو اتصال هذه الحيوانات بالملك الآخر . وليست المادة الفرنسية واردة على سبيل الحصر بل هى على سبيل التمثيل . وقد لاحظ بعض الناقدين تعارضاً بين هذه المادة والمادة الفرنسية ٥٢٤ القائلة بأن الحمام والاسماك تعتبر عقاراً حكمياً بالاتصال مع الارض اذا وضعت بمعرفة المالك . ويرد البعض على الناقدين بأن لاتعارض لان المادة ٥٦٤ انما تملك بالالتصاق لا بالتخصيص الذى تملك به المادة ٥٢٤ . وأما وسائل الغش والتغرير فهى مسائل موضوعية ترجع لظروف كل حالة على حدة . واذا فرت هذه الحيوانات من طريق الغش جاز لمالكها الاصلى طلب تثبيت ملكيته لها اذا تعرف عليها وتميزت هى الاخرى تمييزاً نافياً للجهالة ، على عكس ما يقرره بعض الشارحين فى انه لايجوز له سوى مجرد المطالبة بتعويض . وفى ان المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى القائلة بحيازة المنقول تمليك والمقابلة للمواد ٦٠٧/٧٣٣/ مدنى و٦٠٨/٧٣٤ مدنى مصرى تحول دون المطالبة بالحيوانات فى ذاتها ، ولكن يرد

عليهم ان قاعدة « حيازة المنقول سـند الملكية » لايصح الاخذ بها الا اذا كان هناك حسن نية لدى المشـترى . وفوق ذلك فان هذه الحيوانات تعتبر فى حالة الالتصاق عقاراً بالالتصاق [١] .

## ٢ — فى التصاق المنقول بالمنقول

**٣٣٠** — يراد بالتصاق المنقول بالمنقول [٢] اندماج [٣] منقول بمنقول آخر واتحادهما معا [٤] ويسمى هذا الالتصاق تارة ضما [٥] أو تحويلا [٦] أو مزجا [٧] وقررت المادة ٦٧/٩٢ مدنى و٥٦٥ فرنسى ما يأتى : « اذا ختلط أو التصق [٨] شيئان من المنقولات كل واحد منهما مملوك لشخص بحيث لايمكن تفريق أحدهما من الآخر بدون حصول تلف [٩] لهما فللمحاكم ان تنظر فى ذلك بمقتضى أصول العدالة [١٠] مع مراعاة الضرر الذى يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق »

وللالتصاق هذا مهما اختلفت تسميته الاحكام الآتية :

اذا كان المنقولان مملوكين لشخص واحد أصبح هو المـالك للشيء الجديد الذى تكون باتحاد الشيئين . وهذا بديهى

واذا كان الشيئان مملوكين لشخص واحد وكان بينهما تراض صريح أو ضمنى بشأن مزج الشيئين وجب الاخذ بتراضيهما هذا . وهذا هو ما يحصل عادة ويغلب وقوعه . وأما ما قرره القـانون الفرنسي فى المواد ٥٦٦ — ٥٧٧ من القواعد المأخوذة عن الرومان فانها خاصة بحالة ما اذا وقع المزج بطريقة عرضـية أو من طريق الغلط [١١] دون ان يسبقه اتفاق وتراض عليه . ويظهر أن الشارع المصرى

(١) كابتان ص ٨٦٩ — ٨٧٠ (٢) Accession mobilière
(٣) Incorporation (٤) Union (٥) Adjonction
(٦) Spécification (٧) Mélange (٨) Réunis
(٩) Détérioration (١٠) Régles de l'équité (١١) Erreur

في اكتفائه بالمادة ٦٧/٩٢مدني وفي نقلها عن المادة ٥٦٥الفرنسية العامة قد رأى التعميم من حيث الاخذ بالعدالة . وربما لا تتعارض هذه المواد الاخرى الفرنسية التي لم ينقلها الشارع المصري ، مع العدالة أيضاً

وإذا حصل المزج بطريقة عرضية فانه يجب ملاحظة الاخذ بالمواد٦٠٧/٨٣٣ و٧٠٨/٧٣٤ مدني و٢٢٧٩ فرنسي في أن حيازة المنقول سند الملكية ويعتبر الحائز للمنقول مالكا له حتما

وأما عند الغلط أو سوء النيـة فانه يجب مراعاة العدالة ومبلغ ما يقع بأحد المالكين من الاضرار فيما اذا تقرر فصل الشيئين عن بعضهما البعض مع ضرورة الأخذ بأن هناك من بين الشيئين ما يعتبر الاصل . ويجب أن يقضى لصاحبه بملكية ما اتصل به أخذاً بالقاعدة القائلة بأن الفرع يتبع الاصل [1]

أما أنواع هذا الالتصاق في المنقول فهي :

١ ) الضم [2] : وهو اتحاد شيئين يظلان متميزين مع ذلك عن بعضهما مثل وضع صورة باطار . ويعتبر المالك للاصل [3] هو المالك للشيء الجديد وعليه دفع قيمة التبع [4] ( المادة ٥٦٦ فرنسي )

وتمييز الاصل عن التبع بمراعاة ما يأتي :

١ — ان الشيء التابع هو ما روعي في ضمه الى الاصل التسهيل في استعمال هذا الاصل أو العمل على زخرف أو تكميله بهذا التـابع (.المادة ٥٦٧ فرنسي ) ويستثنى من ذلك في حالة الزخرف ما اذا كان الشيء المضاف أثمن بكثير من الشيء المضاف اليه وهو الاصل . وفي هذه الحالة يجوز لمالك الفرع طلب فصل الشيئين وأخذ ما يملكه ولو ترتب على ذلك تلف للاصل ( المادة ٥٦٨ فرنسي )

٢ — واذا لم يلاحظ في الضم لا الزخرف ولا سهولة الاستعمال وجب اعتبار الاصل في الشيئين ما كان أكثرهما ثمناً وأغلى قيمة

---

(١) Accessorium sequitur principale (٢) Adjonction

(٣) Principal (٤) Accessoire — دى هلس ج ١ ص ٤٣ ن ٨٣

٣ — وعند تساوى القيمة والثمن يؤخذ بما كان أكبر حجماً (المادة ٥٦٩ فرنسى) واذا تعذرت معرفة الاصل والتابع جاز لكل مالك من مالكى الشيئين أن يطلب فصل المنقول عن الآخر اذا لم يحصل ضرر من الفصل. وأما اذا حصل ضرر اعتبر الشيء الجديد ملكا للاثنين معاً (المادة ٥٧٣ فرنسى) ويجب بيعه بالمزاد [١] واقتسام ثمنه (المادة ٥٧٥ فرنسى)

٢) **فى المزج** [٢] : وهو اتحاد شيئين مع بعضهما البعض بحيث يصبح كل منهما بعد المزج غير متميز عن الآخر. مثلا مزج سائلين أو تسييح معدنين قطعة واحدة : وهنا يختلف المزج عن الضم

وحكم المزج أن مالك الاصل ، باعتباره مالكا لأثمن الشيئين ، يصبح مالكا للشيء الجديد مع دفعه قيمة الشيء الآخر الى مالكه. واذا تعذرت معرفة الاصل اعتبر الشيء الجديد ملكا للاثنين معاً ويباع بالمزاد ويقسم ثمنه ( ٥٧٣ — ٥٧٤ فرنسى)

٣) **فى التحويل** [٣] : وهو العمل على ايجاد شيء جديد من طريق تحويل مادة من المواد . كتحويل الخشب الى طاولة والرخام الى تمثال . ولا يعتبر ذلك ضما ما دام أنه لا يوجد شيئان متميزان . على أنه مع تدقيق النظر يرى أنه ان لم يوجد شيئان فانه قد وجد قدران [٤] وهما المادة والعمل

فاذا فرض وجاء عامل وحول مادة مملوكة للغير وبدون علمه ، فلمن تكون ملكية الشيء الجديد الناتج عن التحويل ؟ من السهل الاستعانة بالمادة ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨/ ٧٣٤ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى فى حل الاشكال . ولكن الرومان قد أوسعوه جدلا حيث لا توجد لديهم هذه القاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ المذكورة ، واختلفوا فيه اختلافا بيناً انقسم له مذهبان معروفان فى العصر العلمى للرومان وهما مذهب السابنيين [٥] والبروكوليين [٦] اذ قال الاولون بملكية الجديد

(١) Licité (٢) Mélange (٣) Spécification
(٤) Valeurs (٥) Les sabiniens (٦) Les proculiens

لمالك المادة ، ونظر الآخرون على الاخص الى الشكل وقالوا بالافضلية للعامل . ولما جاء جوستنيان حسم النزاع ووضع التفرقة الجديدة الآتية . وهى أنه اذا سهل رد الجديد الى المادة الاولى اعتبرت هذه الاخيرة كأنها لم تزل موجودة ، كاناء من المعدن يسهل رده الى قطعة خام من المعدن . بمعنى أن المادة تعتبر ملكا لمالكها الاول على شرط دفع تعويض للعامل . وأما اذا تبين العكس واستحال رد الجديد الى المادة الاولى، كما اذا صنع من اللبن زبداً ، ملك المحول[1] الشيء الجديد بعد دفع تعويض لمالك المادة الاصلية

أما القانون المدنى الفرنسى فانه أبى الأخذ بهذه التفرقة التى قال بها جوستنيان وقال برأى يمكن التوفيق به بين مذهب جماعة السابنيين والبروكوليين . اذ علق ملكية الجديد على مبلغ أهمية المادة الاولى وأهمية العمل الذى قام به العامل، فيما اذا كانت تقرر لمالك المادة أو للعامل ، مع تقرير تعويض لمن حرم من الملكية . وقرر قواعد معينة لاحوال خاصة فيما اذا استعان العامل بمواد له مع المادة الاصلية [2]

**٣٣٢ — نظرية التصاق المنقول بالمنقول ، والعمال** : قد اشتغلت أدمغة المفكرين كثيراً فى كل آن بهذه الحركة العالمية الكبرى الخاصة بتحديد أجور العمال وتبيين القواعد الاساسية التى يرجع اليها فى التقدير. وكانت الآراء متفقة على أن الأجر لم يخرج عن كونه ثمناً لاجارة الشخص وهو العامل حيث يؤجر عمله لرب العمل ، والاثنان يتفقان على الاجر باعتبار ان العقد قانون المتعاقدين . ولكن هذه القاعدة المدنية الصرفة قد استولاها شذوذ مختلف الالوان جاءها من أنواع التطور والتغير فى عالم الحياة الصناعية حتى كان لعصبة العمال ونقاباتهم المختلفة ، وما قرروه من وسائل الاكراه غير المباشر كالاضراب وغيره ، أثر فى المساس بهذه القاعدة ، وكان لتدخل الشارع نفسه أيضاً أثر ظاهر فى معالجة

---

(١) Spécificateur (٢) راجع فى ذلك كله المواد ٥٧٠ — ٥٧٢ مدنى فرنسى — كولين وكابتان ج ١ ص ٨٧٢

ما يتصدع لاجله بناء الحركة الصناعية . فكان يصنع هو الآخر قوانين بمصنع التشريع يأخذ فيها بنصيب وافر فى حماية العامل ازاء مستأجره . وبينما الحال كذلك اذ انبرى قانونى معروف « شاتلين » (١) ووضع رسالة (٢) بحث فيها عن حقيقة الكيان القانونى للعقد المعقود بين العمال وأرباب المصانع والمعامل وفاجأ رجال القانون بهذا الرأى الجديد اذ قال بأنه من الخطأ ان يظل رجال القانون هذه الازمان الطويلة وهم لا يخرجون فى تكييف العقد الحاصل بين العامل ورب المصنع عن عقد اجارة الاشخاص ، مع أن الحقيقة هى على غير ذلك . لان هناك طائفة لا عداد لها من المحولين وهم طائفة العمال يجب ان تسرى عليهم مواد التحويل وعلى الاخص المادتان ٥٧١ و٥٧٢ من القانون المدنى الفرنسى . وعلى هذا الرأى يكون للعامل تارة اما حق على المادة التى يشتغل فيها بدلا من ان يتقاضى أجراً على عمله ، واما أن يكون له تعويض بقدر ما زاد فى المادة من القيمة بسبب تحويلها الى شىء جديد . وفى الاخذ بهذا الرأى ثورة اقتصادية هامة . ولكن الناقدين نقدوا على صاحب هذا الرأى خروجه عن اصول التحويل فذهبت بنقدهم آمال كبار كانت ترجى من وراء هذا الرأى على ما يقوله صاحبه . ذلك لان صاحب الرأى لم يلتفت الى أنه لا يؤخذ بهذا النوع من الالتصاق ، التصاق المنقول بالمنقول ، الا عند عدم وجود اتفاق سابق بين الطرفين ، مالك المادة والعامل . والدليل على ذلك قول المادة ٥٦٥ مدنى فرنسى بأنه لا يؤخذ بالقواعد المقررة بما يأتى بعدها من المواد ، الا عند عدم وجود اتفاق سابق . وفوق هذا فانه لا يؤخذ بهذا الالتصاق الا اذا كان قد حصل عرضاً وعلى غير علم من المالك كما تقول المواد ٥٧٣ و٥٧٦ و ٥٧٧ فرنسى (٣) واذن لا تنطبق الحالة القانونية

---

(١) Chatelain

(٢) De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs. étude critique de drolt économique. — Voir compte rendu par Geny, Revue trimestrielle de dr. civ. 1902, p. 333.

(٣) كابتان ص ٨٧٢

الحاصلة بين العامل ورب المصنع على حالة الالتصاق . ولكل حالة قواعد وأصول ترجع لكيانها الخاص بها

## في نظرية وضع اليد

### ١ ) في الاحكام العامة لوضع اليد

**٣٣٢** — هذه نظرية وضع اليد[١] وهى ثانية الاداتين فى التملك بحكم القانون للحقوق العينية وللملكية بوجه عام ، ومع مراعاة شروط خاصة وهى وضع اليد المستمر مدة زمن معين ، وهو ما يسمى بالتملك المكسب بطول المدة أو التقادم[٢] على أن لوضع اليد آثار قانونية أخرى غير تلك الملكية وتملك الحقوق العينية . ولو أن القانون قد عالج نظرية وضع اليـد بالباب الخاص بالتملك بمضى المدة أو التقادم فانا لا نرى بداً من أن نأتى هنا على شتات هذه النظرية الهامة ونلم شعثها بعد أن نجمع لها ما تشتت منها فى مواطن أخرى

### ٢ ) فى تعريف وضع اليد والآثار القانونيـة المترتبة عليـه

**٣٣٣** — ان لمجرد وضع اليد على شىء من الاشياء ، أى مجرد القيام باجراء حق من الحقوق عليه ، آثاراً قانونيـة هامة ، بصرف النظر عما اذا كان الحق موجوداً فى الحقيقة والواقع أم غير موجود . ذلك لأن القانون يحمى وضع اليد لمجرد أنه وضع يد ، وفى ذلك ما فيه من الغرابة والدهشة . فان كان واضع اليد ذى حق ، أى مالـكا ، فلا دهش ولا غرابة . ولكن اذا كان غير ذى حق أى غير مالك ، ألا يرى انه من التناقض والتعارض أن يحمى القانون غير المالك فى شىء لا يملكه هو بل يملكه الغير ؟

على أن حماية واضع اليد مالـكا كان أو غير مالك حماية مقررة فى جميع

(١) Possession (٢) Prescription acquisitive أو Usucapion

الشرائع . وهذا يقطع فى أن هذه الحالة القانونية نتيجة لضرورة اجتماعية لا تتغير فى الاوساط المختلفة

وسنرى فيما بعد الاسباب التى دعت الشارع الى تقرير قواعد واضع اليد وأصوله بالقانون الموضوع المسطور . ونرى هنا ضرورة الاشارة الى اثنين منها وهما أهمها

**الاصل الاول** : فى الغالب وفى الغالب دائما أن من يظهر بمظهر من له الحق أى من يضع يده على شىء فيتملك بذلك حقاً ، انما هو فى الغالب الاغلب المالك الحقيقى للشىء . وفى الغالب أيضاً أنه يصعب على هذا المالك اثبات حقه فى الملك لانه يجد من التعقيد فى اثباته ما يضايقه وما يهدد حقه . لذا يجدر بالشارع أن يمد واضع اليد هذا بمعونة مؤقتة من عنده ما دام أن ظاهر الحال يؤيده ، وما دام أن الحقوق المستورة التى ربما تكون للمالك الحقيقى لا يخشى عليها اذ يمكن المطالبة بها .

**الاصل الثانى** : ومما يؤكد صحة وجهة هذا النظر انه اذا لم تقرر هذه القاعدة قاعدة حماية واضع اليد ، وقام نزاع بشأن وضع اليد هذا وترتب عليه نزع يد الحائز من العقار لمجرد حصول النزاع فى حق الملكية بالذات ، لترتبت على ذلك صنوف عدة من الاعتداءات مما لا يجوز أن يغفل عنها . لذا كانت المصلحة العامة تحدو بالشارع دائما وأبداً على العمل على حماية وضع اليد هذا ، أى حماية هذه الحالة المادية الظاهرة[1] ، باعتبارها تمثل الحقيقة فى الواقع غالباً وأن مظاهرها الخارجية تطابق فى الغالب الحق الصحيح .

**٣٣٤** — وأما النتائج القانونية لحسن أوسوء النية لوضع اليد فهى كثيرة . وترجع فى أهميتها الى ما لواضع اليد من حسن النية أوسوء النية ، فيما اذا كان الشىء محل اليد منقولا أو عقاراً . وهذه النتائج هى :

ا ) لوضع اليد ثلاث فوائد حتى ولو كان مشوباً بسوء النية :

(١) Fait

١ — لواضع اليد الحق بالاحتفاظ بالشىء والاستفادة من وضع اليد ما دام أنه لم يقم الغير باثبات ملكيته له . ويترتب على ذلك أنه اذا قام نزاع بين الاثنين واضع اليد ومدعى الملكية اعتبر واضع اليد مدعى عليه . وفى ذلك أهميـة لا يستهان بها لان عبء الاثبات يكون على عاتق المدعى

٢ — ان واضع اليد ، وعلى الاخص اذا مضى على وضع يده مدة سنة كاملة على عقار ، فى حل من الانتفاع بالدعاوى الخاصة المسماة بدعاوى وضع اليد [1] والاستعانة بها فى العمل على الاحتفاظ بوضع اليد واستقراره لديه دون الغير اذا نازعه منازع وتعرض له متعرض ، أو العمل على طلب رد العقار اليـه فيما اذا غصبه غاصب

٣ — واذا مضت مدة ١٥ سنة على وضع اليد أصبح واضع اليد وقد اكتسب حقه على العقار بطريقة نهائية ، وهو ذلك الحق الذى كان يعمل على الانتفاع به واستغلاله بوضع اليد ، اذا فرض ولم يكن له هذا الحق ملكا صحيحاً من قبل . والتملك بمضى المدة لوضع اليد هو أهم آثاره . وهو وسيلة قررها القانون بالذات فى اكتساب الملكية [2] وتسمى بالتملك بمضى المدة الطويلة أو التقادم [3] . ونظراً لاهمية وضع اليد هذا رأينا أن نجعل له محلا هنا بين الطرق المقررة بالقانون فى اكتساب الملكية والحقوق العينية

٢ ) أما اذا كان واضع اليد حسن النية على الاخص فلوضع اليـد ثلاثة نتائج خاصة :

١ . — اذا كان الشىء محل وضع اليد عقـاراً اكتسبت ملكيته بعد زمن قصير وهو مدة خمس سنوات بدلا من ١٥ سنة

٢ . — يكتسب واضع اليد حسن النية الثمرات التى يجنيها أولا فأولا . فاذا جاء المالك الاصـلى وطلب رد ملكية العقار اليه فلا يلزم واضع اليد حسن النية

(١) Actions possessoires (٢) Acquisition lege

(٣) Prescription acquisitive أو Usucapion

أن يرد الثمرات التى جناها لا أصلا ولا ثمناً

٣ . — يعتبر لوضع اليد فى المنقول ، وعلى الاخص المنقول المادى ، ميزة خاصة عن العقار ، اذ يترتب عليه فى الحال تملك واضع اليد له تملكا غير موقوف على زمن فيما اذا كان واضع اليد حسن النية ، الامر الذى ينجم عنه سلب الملكية عن المالك الحقيقى لارتكاب هذا الاخير ذلك الخطأ فى انه تخلى عن المنقول وقتاً ما . وذلك تطبيقاً للقاعدة المعروفة المقررة بالمواد ٦٠٧/٧٣٢ و٦٠٨/٧٣٤ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى وهى « حيازة المنقول سند الملكية » [1]

هـذا ونرى أن نرجىء القول فيما يتعلق بدعاوى وضع اليد الى أن يأتى دور التكلم على الضمانات القضائية المقررة للملكية والحقوق العينية ، وعلى أدلة اثبات الملكية والحقوق العينية . ونرى هنا محلا للتكلم على التملك بالتقادم وعلى تملك الثمرات بمعرفة واضع اليد حسن النية وعلى قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية له » ولكن لما كان وضع اليد لاينتج نتائجه القانونية الا اذا توافرت فيه شروط خاصة وخصائص معلومة رأينا الالمام بها أولا ثم نعقبها بما مر بيانه. وعلى ذلك نتكلم الآن على المسائل الخمس الآتية : (١) خصائص وضع اليـد . — (٢) التقادم العادي . — (٣) التقادم القصير لواضع اليد بحسن نية على عقار . — (٤) فى قاعدة « حيازة المنقول سـند الملكية » . — (٥) تملك واضع اليد بحسن نية لثمرات العقار . وهذه المسائل ذات أهمية علمية وعملية لاتخفى .

## ١ — خصائص وضع اليد

**٣٣٥ — فى تعداد هذه الخصائص** : تقول المادة ٧٦/١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى ما يأتى : — « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده ظاهراً بنفسه أو بتوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفته

---

(1) En fait de meubles possession vaut titre

مالك [١] بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح [٢] فاذا لم يوجد ذلك السبب لاتحصل له الملكية الا اذا وضع يده مدة خمس عشر سنة » ومعنى ذلك ان التملك بالتقادم على نوعين : تقادم طويل وتقادم قصير . ويختلفان فى السبب الصحيح وحسن النية، الامر الذى يترتب عليه اختلاف فى الزمن المضروب لتمام التقادم . ويتفقان فى خصائص عامة تتمشى عليهما معاً . هذه الخصائص العامة هى ما تسمى بعيوب وضع اليد . وهى : عدم الاستمرار فى وضع اليد وتقطع اليد عليه بزوالها آنا وظهورها آنا آخر [٣] والاكراه [٤] والخفاء [٥] والغموض [٦] والنيابة فى اليد [٧] أو الحيازة العرضية ، أو اليد غير المالكة . ونرى ان نبين كل واحد منها على حدة

## ١ — العيب الاول : فى اليد العارضة أو نظرية الحيازة العرضية

### § ١ — اليد العارضة وتحليلها العلمى ومقارنة الشرائع ، ومعالجة القانون الفرنسى لها

**٣٣٦** — كتب فى ذلك اهرنج [٨] وأسمن [٩] كتابات قيمة عول عليها الشارحون فى وضع بناء هذه النظرية . وتسمى النظرية باليد العارضة أو الحيازة العرضية [١٠] وقد

---

(١) Possession paisible, publique et continue (٢) Juste titre
(٣) Discontinuité (٤) Violence (٥) Clandestinité
(٦) Équivoque (٧) Précarité (٨) Ihering (٩) Esmein

(١٠) Précarité والكلمة الفرنسية هذه مشتقة من كلمة précaire وهى رومانية الاصل ولعلها كانت تدل عند الرومان على الصلة القانونية القائمة عندهم لمناسبة ذلك النظام المعروف لديهم بنظام القبيلة أو العشيرة la clentèle حيث كان البعض من كبار الملاك يتنازل عن جزء من أراضيه الى بعض رجاله tenuiores أى clients وذلك بناء على ما كانوا يلحفون فيه من الرجاء المتكرر عليه. والرجاء يسمى preces ومنه كلمة précaire أى المترتب على الرجاء والالحاف ، وهذا على ماحققه أولبيان Ulpien . وكان الحائزون للارض tenanciers يزرعون الارض ويعيشون من زرعها وكان من اللازم عليهم أن يردوها كلما رغب صاحبها فى استردادها . ثم ظهر استعمال كلمة « الملتمس précaire » بالقرون الوسطى ولكنها استعملت اذ ذاك بمعنى آخر ، وقد تغير معناها فى الوقت الحاضر عن معناها الاول لان فى القول « حاز بطريق النيابة Posséder à titre precaire » ما يفيد

ذكرت المادة الفرنسية ٢٢٣٦ أنواعا من الحائزين العرضيين كالمستأجر [١] والامين على الوديعة [٢] والمنتفع . [٣] . وفي الواقع فان هؤلاء الحائزين لا يضعون اليد لهم خاصة انما هم يضعونها لغيرهم بالنيابة عنهم . وهناك حائزون على ما ذكرت المادة الفرنسية وهم الدائن اذا أخذ شيئاً رهناً [٤] ضماناً لدينه اذ أنه يضع يده باسم من رهن اليه . وكذلك المقترض أو المستعير بالعارية [٥] فان أولهما يضع يده باسم المقرض . وثانيهما باسم المعير [٦] وكذلك المدير لشيء مملوك للغير فانه يضع يده باسم الموكل ، كالقيم والوصي

قلنا انه بناء على ما قرره علماء القانون من قديم [٧] بشأن نظرية وضع اليد لا يعتبر الحائزون العرضيون واضعي يد ، ذلك لانهم اذا حازوا مادة الشيء بالذات [٨] فانه ينقصهم هذا العنصر الآخر الضروري لوضع اليد وهو نية التملك [٩] ، أي ما ينوي عليه واضع اليد من أن يظهر على العقار بمظهر المالك له . وعلى ذلك لا يترتب على حيازتهم هذه المجردة ما يترتب لوضع اليد من النتائج القانونية المعروفة فلا يحمي القانون هذه الحيازة ، ولا يصبح الحائزون مع الزمن ملاكا (المادة ٢٢٣٦ مدني فرنسي وحكمها عام) . وبوجه عام لا يجوز تمكينهم من الاستفادة من الآثار المترتبة على وضع اليد الصحيح الحقيقي ، وعلى الأخص دعاوى وضع اليد ضد من يتعرض لهم .

ويظهر أن هذا التحليل لنظرية وضع اليد والحيازة العرضية كما قررها الشراح السابقون تحليل سطحي وغير صحيح . اذ قال فيه « اهرنج » بأنه ليس صحيحاً القول بأن الحائز ليست عنده نية التملك . وكل ما ليس عنده انما هو فقط النية في الظهور

---

الحيازة détenir لا وضع اليد posséder وذلك اذا أردنا أن نفسر هذه الكلمة الاخيرة كلمة وضع اليد posseder تفسيراً علمياً فنياً ، أو كما تقول المادة الفرنسية ٢٢٣٦ ( وضع اليد باسم الغير posséder pour autrui )

(١) Femier (٢) Dépositaire (٣) Usufruitier (٤) Gage
(٥) Commodataire (٦) Commodant (٧) Théorie classique
(٨) Corpus (٩) Animus

لدى الجمهور كأنه مالك[١] ولكنه على كل حال يريد القيام بحق ، سواء كان الحق موجوداً حقيقة ، أو مفروضاً ، ما دام انه فى الواقع ( أو يظن انه كذلك ، أو أنه يريد أن يعتقد ) هو المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن وهكذا . ولا يمكن القول بالوجود القانونى لمادة الشىء[٢] اذا لم تلحق بها النية ضرورة وحتما . ولا توجد المادة بلا نية الا فى بعض الاحوال النظرية كما اذا أخذ المجنون شيئاً ، أو أن احداً وضع شيئا بيد شخص منوم . لذا يمكن العمل على تصحيح هذه النظرية القديمة دون المساس بها ، وعلى الاخص اذا لاحظنا انه اذا فرض بأن واضعى القانون الفرنسى كانوا متشبعين بها فانهم على العكس من ذلك لم يأتوا بنص واحد يؤيدها . ذلك لان تعريف وضع اليد الذى قررته المادة ٢٢٢٨ مدنى فرنسى لم يشر الى شرط النية اذ قررت ما يأتى : « وضع اليد هو الحيازة أو الانتفاع بشىء أو بحق ، نحوزه نحن بالذات أو ننتفع منه بمعرفتنا مباشرة أو بواسطة آخر يحوزه أو ينتفع به باسمنا » وهو تعريف يجب الاخذ به بالقانون المصرى — هذا وفوق ذلك فان القانون الفرنسى أشار بهذه المادة الى شخص اعتبره حائزاً عرضياً وهو فى الحقيقة واضع يد ، ذلك هو المنتفع ، والمنتفع هو بلا شك واضع يد . وسنرى انه يمكن تملك حق الانتفاع بشىء من الاشياء اذا طال أجل وضع اليد على استغلال هذا الحق . وللمنتفع كما رأينا حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد . وكل ما قرره القانون بشأن ما ينتج عن الحالة العرضية لوضع اليد[٣] انما هو استحالة الحصول بالتقادم على ملكية الشىء محل الحيازة ( المادة ٢٢٣٦ مدنى فرنسى . وتقول بمعناها المادة ٨٣/١١٢ مدنى مصرى )[٤]

**٣٣٧** — ومما مر يتبين أن أصح تعريف للحائز حيازة عرضية هو ما يأتى : « الحائز العرضى هو واضع يد يحوز الشىء ولكنه يحوزه لاجل أن ينتفع أو يدعى الانتفاع بحق خلاف الملكية » [٥] وهذا التعريف يشمل ايضاً من يقومون

---

(١) Animus sibi habendi (٢) Corpus

(٣) Précarité de la possession (٤) كابتان ص ٨٧٨ (٥) كابتان ص ٨٧٨

بأعمال يجرونها على الشيء تشبه الحق العينى خلاف حق الملكية ، مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن . ولقد سبق لنا أن رأينا أن الرومان يعتبرون هؤلاء الاشخاص بمثابة شبه واضعى اليد[1] ، ويلاحظ فى الوقت الحاضر الخلط بين نية وضع اليد مع وضع اليد الصحيح. نعم ولو ان المادة ٢٢٣٦ مدنى فرنسى والتى تؤدى معناها المادة ٨٣/١١٢ مدنى مصرى كما رأينا قررت بأن هؤلاء الاشخاص لا يحصلون على الملكية مهما طال أجل وضع يدهم ، الا أن هذه القاعدة انما هى بديهية من البديهيات فى ذاتها . ذلك لان التقادم هو نقل حالة مادية معينة[2] الى حالة قانونية[3] أى تقرير الحق الى من قام بأعمال خارجية من زمن طويل . على أن من يضع يده على حق الانتفاع أو على حق الارتفاق فانه لا يقوم بالاعمال التى يقوم بها المالك عادة ، أى لا يظهر بمظهر المالك بل يقوم بما يقوم به فى العادة المنتفع ، أى يظهر بمظهر المنتفع أو الجار المقرر له حق الارتفاق ، أى يجنى الثمرة ان كان منتفعاً ، أو يمر بغيط الجار ان كان الحق حق ارتفاق بالمرور. واذا علم ذلك فهل يصح القول بأن الاعمال الخارجية الظاهرة اذا تقررت انتهت بأن تقرر لصاحبها حقاً يخالف الحق الذى تعلقت به ونمت عليه دون غيره ؟[4] طبعاً لا . لان تكرار الاعمال يؤيد مع الزمن الحق الذى نمت عليه هذه الاعمال . أى أن الحق الذى دلت عليه الاعمال الخارجية يصبح حقاً مملوكاً لصاحب الاعمال المنكرة . وهذا يؤيد صحة التعريف الذى أشرنا اليه للحيازة العرضية

اذا تقرر ذلك وتقرر ايضاً بأن هناك بعض الحائزين العرضيين ممن يعتبرون واضعى اليد ، فاننا نتساءل لماذا لا يقال مثل ذلك ايضاً بشأن جميع الحائزين العرضيين فيما يجرونه من الاعمال باعتبار أنهم اصحاب حقوق ، ومهما كان الحق سواء كان ناشئاً عن عقد ايجار أو عن وكالة ، باعتبار أن هذا الحق يجب أن يكون مثل الحق العينى سواء بسواء ؟ وعلى ذلك يصح أن يتقرر لهؤلاء الحائزين حق الاستعانة

(١) Quasi-possesseurs (٢) État de fait (٣) État de droit

(٤) كابتان ص ٨٧٨ — ٨٧٩

بدعاوى وضع اليد ضد الغير، كما يصح أن تتقرر هذه الحماية ايضاً للسارق والغاصب بما ان هذين الاخيرين يملكان لنفسهما ايضاً [1] . وعلى ذلك فلا تصبح الحيازة العرضية من ذلك الحين فى عداد عيوب وضع اليد بل تعتبر مجرد عائق يحول دون أن يستحيل وضع اليد مهما طال اجله الى ملكية بالتقادم . وفى هذه الحالة يجب تعديل المادة ٧٦/١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى بأن يحذف منها عبارة « باعتباره مالكاً » وذلك فى سياق سرد شروط التقادم

**٣٣٨** — ويظهر ان الشرائع الحاضرة سارت فى هذا الطريق وانتحت هذا النحو ، ونهج القضاء الفرنسى ايضاً هذا المنهج الجديد

فمن القوانين الاجنبية القانون الالمانى اذ اعتبر بالمادة ٨٥٤ منه بأن واضع اليد هو كل شخص له سلطان القيام بأعمال على شىء من الاشياء [2] اما باعتباره منتفعاً أو دائناً مرتهناً رهناً حيازياً واما مستأجراً واما أمينا لوديعة ، أو باعتباره اعتباراً آخر يحكى هذا الاعتبار المتقدم بأن يكون له الحق أو ملزماً نحو الغير بأن يضع يده وضعاً مؤقتاً . وفى الوقت نفسه قرر القانون الالمانى بالمادة ٥٦٨ بأن الشخص الذى من أجله وضع الحائز يده على الشىء فانه يعتبر هو الآخر والحائز كلاهما واضع يد

وقرر القانون السويسرى بالمادة ٩١٩ ما يأتى : « ان من له حق السلطان [3] الفعلى على الشىء يعتبر أن له أيضاً وضع اليد » . وورد بالمادة ٩٢٠ من ذلك القانون نفسه ما يأتى : « اذا سلم واضع اليد شيئاً للغير وقرر له عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازى أو أى حق شخصى فان لمقرر الحق ولمن تقرر له الحق ، حق وضع اليد »

**٣٣٩** — هذا عن القوانين الاجنبية . واما عن القضاء الفرنسى فانه توجد حالات قضى فيها هذا القضاء بالاستفادة بدعاوى وضع اليد عند الحائزين العرضيين العاديين ، وعلى الاخص من تنازلت اليهم الحكومة عن اعمال تتعلق بالمنفعة

(١) Pro suo (٢) Un pouvoir de fait (٣) Maitrise

العامة [١] مثل شركات السكة الحديدية . تقرر لها ذلك مع أنه ليس لها حق عينى، وكل ما لها مجرد حق تنازل مقرر على الطرق المخصصة للاستغلال . وبرغم ذلك فان لهذه الشركات حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد ضد من يعمل على التعرض لها عند استغلالها فيما حصل التنازل عنه [٢] وهناك بعض احكام قررت بأنه يجوز لمن أؤتمن على سندات لحامليها ثم افتقدها من طريق خيانة الامانة ، أن يرفع الدعوى ويطلب ردها اليه ليس فقط ضد الشخص المتهم بالتبديد ، بل ضد الدائن المرتهن الذى تسلمت له هذه السندات من المتهم بالخيانة . وفى تقرير هـذا الحق للأمين للودائع باعتباره حائزاً عرضياً فى مقاضاة المتهم بالتبديد ودائنه المرتهن، ما يستفاد منه أنه يمكن أيضاً أن يقرحق الاستفادة من دعاوى وضع اليد . وفى مقابل ما تقرر له من دعوى رد الاشياء اليه يمكن أن يتقرر له أيضاً دعوى رد الحيازة المغصوبة [٣]

٣٤٠ — هـذا وانا نرحب بهـذا التشريع الجديد الذى تقرر بالقانونين الالمانى والسويسرى ونؤيد ما قرره القضاء الفرنسى ونود لو ان القضاء هنا يعمل على ضرورة حمـاية الحائز العرضى باعتباره هو الآخر مثل واضع اليـد . ولقد لاحظنا على قضائنا المصرى أن يشترط فى دعاوى منع التعرض بوجه عام أن يكون وضع اليـد قانونياً ، بمعنى أن يكون لذى واضع اليد نية التملك [٤] والا اعتبر حيازة عرضية [٥] وان يكون وضع اليد قانونياً بحيث يمكن اكتساب الحق معه بالتقادم [٦] وان الحقوق العينية العقارية التى تقبل التملك بمضى المدة هى وحدها التى يمكن حمايتها بدعاوى وضع اليد [٧] ويجوز الاستعانة بدعاوى وضع اليد فى حماية حقوق الارتفاق [٨]

---

(١) Concessionnaires du domaine public

(٢) د ، ٦٨ ، ١ ، ١١٧ . — س ، ٦٧ ، ١ ، ٤١٧ — س ، ٩٧ ، ١ ، ٤٠٥

(٣) د ، ٨٨ ، ١ ، ٢٥٢ — س ، ٨٨ ، ١ ، ٢٦٥

(٤) Animus domini

(٥) ج ع ٣ ص ١٧ ن ١٥٢

(٦) ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٥٧

(٧) ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٦٢ و ١٦٤

(٨) ن ١٦٦

وقرر بأن دعوى منع التعرض [1] تقبل فى حماية حق الارتفاق الخاص بالمسيل [2]

واما دعوى رد الحيازة فقد قرر مذهباً هاماً وهو أنه لا يشترط فى قبول هذه الدعوى أن تكون لدى واضع اليد نية التملك بل يكفى مجرد الحيازة [3] أى يكفى أن يكون المدعى حائزاً عرضياً [4] لان فى تقرير هذه الدعوى خدمة للمصلحة العامة [5] باعتبار أنه لا يجوز لصاحب الحق أن يقضى لنفسه بنفسه . وللمستأجر أن يرفع دعوى رد الحيازة ودعوى منع التعرض على شرط ادخال المؤجر له فى دعوى منع التعرض [6] وأجاز لناظر الوقف رفع دعوى منع التعرض أيضاً [7]

هذا وما دام أن القضاء المصرى قد أباح دعوى رد الحيازة وهى احدى دعاوى وضع اليد لكل حائز عرضى كالمستأجر والامين والمرتهن حيازياً فانا نعتبر ذلك خطوة فى طريق العمل على ماقرره القضاء الفرنسى والتشريعان الالمانى والسويسرى بالكيفية المتقدمة

## § ٢ — متى تكون الحيازة العارضة ؟

**٣٤١** — سواء كانت الحيازة العارضة عيباً من عيوب وضع اليد كما قرر علماء القانون من قديم ، أو كما يقررها علماء الوقت الحاضر باعتبارها حائلا دون تملك الملكية بالتقادم فانه يجب على كل حال معرفة الاحوال التى تعتبر فيها الحيازة عارضة مما يتعارض فعلا مع وضع اليد . وربما يدق الوصول الى هذا التمييز فى بعض الاحوال وعلى الاخص فيما اذا قام الشخص الذى وجد الشىء تحت يده بأعمال لاحد لها تتعلق بالاستعمال أو بالاستغلال بطريقة ظاهرة ، فاذا نظرنا الى المستأجر والى المنتفع من الوجهة الخارجية الظاهرة للعيان نرى أن كلا منهما يشابه فى القيام بأعماله بالمالك الحقيقى . فكيف يمكن حينئذ الوصول الى تمييز الواحد منهما عن

(1) Complainte (2) ن ١٦٨ (3) ج ع ٣ ص ٢٠ ن ١٨٢
(4) ن ١٨٨ (5) ج ع ٣ ص ٢١ ن ١٩٣ (6) ج ع ٣ ص ٢٣ ن ٢١٨
(7) مجموعة عياشى ص ٢٦٦ ن ١٢٣٨

المالك ؟ ان الطريق لذلك انما هو درس العقود الخاصة بوجود الشيء تحت يد الشخص الظاهر . فان كان العقد عقد بيع كانت يد المشترى وقتئذ يد مالك . وان كان العقد عقد ايجار كانت يده يد حائز عرضي للشيء

ولكن لما كان يقع احياناً أن هذه السندات لا تقدم عند النزاع أو لا يمكن الوقوف على حقائقها في الحال أو تكون قد تلفت رأى الشارع أن يقرر قرينتين تكمل احداهما الاخرى

والقرينة الاولى وردت بالمادة ٢٢٣٠ مدنى فرنسى وحكمها عام اذ قررت هذه المادة ما يأتى :

« من المفروض دائماً أن الانسان انما يضع يده لنفسه خاصة وباعتباره مالكا الا اذا ثبت بأنه بدأ وضع اليد باسم شخص آخر» وهذه هى قرينة عدم الحيازة العرضية [1]

ووردت القرينة القانونية الثانية بالمادة ٢٢٣١ اذ قررت عكس ما تقدم . ونصت على أنه اذا بدأ الانسان وضع يده باسم الغير فانه من المفروض دائماً أن يده تظل باسم هذا الغير الا اذا وجد دليل عكسى لذلك . وهذه هى قرينة عدم تغيير سبب وضع اليد [2] وحكم المادة عام

وهاتان القرينتان لم يخرجا عن كونهما مظهراً عملياً للمبادىء العامة المقررة فى نظرية الاثبات (المادة ٢١٤/٢٧٨ مدنى و١٣١٥ ) بأن من ادعى شيئاً وجب عليه اثباته ، فمن قال بحالة قانونية من شأنها تغيير حالة سابقة سواء كانت حالة عادية أو مكتسبة ، لزمه الدليل .

ونرى من اللازم أن نبين المعنى المقصود من هاتين القرينتين :

**٣٤٢ — القرينة الاولى** : قرينــة عدم الحيازة العرضية : قال عنها اهرنج بأنها تؤيد ما عرف به الشارع الفرنسى من دقة المنطق ورجحان العقل . ذلك لان

---

(١) Non-précarité (٢) Non-interversion du titre

من شأن هذه القرينة أن تصحح ما قرره العلماء السابقون بشأن نظرية الحيازة العارضة وما كان لها من النتائج الغريبة . ولذا يمكن القول الآن بأن للحائز العرضى الحق فى أن يستعين بدعاوى وضع اليد قبل المالك الحقيقى الذى يطلب تثبيت ملكيته أو قبل أى شخص آخر يتعرض له[١]

**٣٤٣ — القرينة الثانية** : قرينة منع تغيير السبب[٢] ولهذه القرينة نتيجتان هامتان :

**النتيجة الاولى**: تقول المادة ٧٩ / ١٠٦ مدنى و ٢٢٣٧ و ٢٢٤٠ فرنسى ما يأتى : « لا تثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضعاً يده عليها بسبب معلوم غير اسباب التمليك سواء كان ذلك السبب مبتدأ منه أو سابقاً ممن آلت منه اليه[٣] وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنتفع والمودع عنده والمستعير ولا لورثتهم من بعدهم»[٤] وتقول المادة ٢٢٤٠ الفرنسية المقابلة لها ما يأتى : « لا يجوز للانسان أن يتملك بالتقادم بما يخالف السند الموجود تحت يده . بمعنى أنه لا يجوز أن يغير لمصلحة نفسه سبب وضع يده والاصل الذى من أجله تقرر وضع اليد »

ويندمج فى حكم هذه المواد المادة ٨٣ / ١١٢ مدنى ونصها : « لا تثبت الملكية مطلقاً بمضى المدة الطويلة ولا يعتبر حكمها بين الموكل والوكيل فى جميع

(١) د ، ١٩١١ ، ١ ، ٣٧ — س ، ١٩١٠ ، ١ ، ٣٦٦ — كابتان ص ٨٨٠

(٢) Interdiction de l'interversion du titre

(٣) On ne prescrit pas un droit réel contre son propre titre ou celui de ses auteurs

(٤) مرجع ص ٣٩٢ ن ١٤٢٩و١٤٣٨ بالنسبة للمستأجر والمودع والمستعير . و ن ١٤٣٠ بالنسبة للدائن المرتهن . و ن ١٤٣٤ و١٤٣٥ بالنسبة للوديعة . و١٤٤١ بالنسبة للوكلاء و١٤٤٢ و١٤٤٥ . و١٥٠١ بالنسبة للورثة و ١٤٤٩ و ١٤٥٤ بالنسبة لارشد العائلة وكبيرها . و١٤٥٨ و١٤٦٠ بالنسبة للشركاء . و١٤٩٧ — ١٤٩٩ بالنسبة للزوج مع زوجته . واذا ظلت الام الوصية واضعة يدها بعد بلوغ أولادها فلا تملك بالتقادم لان رابطة الامومة ربما تدل على ان يدها يد نيابية : مرجع ص ٤٠٥ ن ١٥٠٠

ما هو داخل ضمن التوكيل » وليس لهذه المادة مثيل بالقانون الفرنسى ، ولكنها تقرر قاعدة عامة فى عالم القانون

فاذا استأجر مستأجر عقاراً ومات المالك المؤجر له ولم يدفع الايجار من تاريخ الوفاة مع بقائه بالعقار المؤجر له ولم يطالبه وارث المتوفى لانه يجهل هذه الاجارة ثم جاء الوارث بعد مضى ١٥ سنة وعلم بالاجارة وطالب المستأجر بتسليمه العقار فلا يجوز لهذا المستأجر أن يدفع الدعوى بدفع التقادم وليس له أن يدعى بأن يده كانت على العقار بعد وفاة المالك يد مالك ، وانه تملك بمضى الزمن . ذلك لانه اذا ثبت بأن يده على العقار بدأت باعتباره مستأجراً أى يداً عارضة فلا يجوز تغيير هذه اليد بمجرد تغيير النية لدى المستأجر. والا اذا جاز القول بالاخذ بتغيير النية لأدى ذلك الى أبحاث نفسانية دقيقة لانهاية لها فى سبيل التعرف على هذه النية وما استتر منها فى الخفاء [1] . على ان الشارع الفرنسى قرر بالمادة ٢٢٣٨ قاعدة عامة يجب الاخذ بها بالقانون المصرى لانها نتيجة حتمية للمادة ٢٢٤٠ فرنسى المقابلة للمادة ٧٩/١٠٦ مدنى مصرى . ذلك انها قررت فى حالتين ومن طريق الاستثناء بأن من بدأ يده باعتباره حائزاً عرضيا جاز له أن ينقلب الى واضع يد سائر فى طريق التملك بالتقادم [2] بسبب تغيير سنده ، ويقع ذلك اما نتيجة لعمل يقوم به الغير ، أو نتيجة للتناقض [3] الذى ظهر به الحائز فيما يتعارض حتما مع حقوق المالك

§ — **فى انقلاب اليد بسبب عمل يأتيه الغير** : مثلا يموت المالك ثم يشترى المستأجر العقار من شخص يدعى على غير حق انه الوارث للمالك . وبعد الشراء يمتنع المشترى عن دفع الايجار . فاذا مضت مدة التقادم وظهر الوارث الحقيقى فلا

---

(١) د ، ٩٠٧ ، ١ ، ١٤١ وتقرير المستشار Potier — س، ٩٠٧ ، ١ ، ٢٧٣ ومقال Wahl . — وعلى ذلك لايكفى فى تغيير سبب الحيازة مجرد عقد النية على ذلك . بل يجب ان تكون النية مصحوبة بأعمال مادية خارجية تتعارض مع ملكية من يدعى الملكية ضد صاحب اليد الحاضرة : دى هاس ج ٣ ص ١٩٢ ن ٢٨ . مصر ١٦ سبتمبر سنة ٩٢٢ م ٣ ص ٧٦ عدد ٤٨ .

(٢) Possesseur ad usucapionem (٣) Contradiction

يجوز له المطالبة بتسليم العقار اليه مستنداً الى عدم صحة العقد لانه تمليك صادر من غير مالك . وللمشترى فى هذه الحالة دفع الدعوى بدفع التقادم . لان التقادم وقع هنا من جراء تغيير السبب الذى كان العقار من أجله تحت يد المستأجر . ويجب ملاحظة ان مبدأ سريان التقادم لا يكون من يوم امتناع المستأجر عن دفع الايجار ، بل من يوم وقوع البيع [1]

٢ — **فى التناقض مع حق المالك** : فاذا جاء المالك وطلب فى نهاية الاجارة تسليم العقار اليه وأبى المستأجر التسليم وادعى هذا المستأجر بأنه وجد مستندات ووثائق تدل على أنه هو المالك لا المؤجر له ، قضى للمستأجر بالملكية اذا مضت مدة التقادم عليه من وقت العثور على مستنداته وزالت الملكية عن المؤجر حتى ولو أدلى بمستندات تدل على عدم صحة مستندات خصمه فى تملكه العقار . ذلك لان المستأجر قد تملك بمضى المدة . وان السبب فى تملكه هذا بالتقادم انما هو أيضاً تغيير فى سبب الحيازة [2]

ولا محل هنا للقول بأن البحث فى نية التملك وتغييرها من حيازة بسيطة الى وضع يد ينتهى بالتملك بالتقادم ، بحث دقيق محفوف بالمصاعب . لانه لا محل لهذا البحث النفسانى طالما أن هناك أعمالا مادية تنم على هذه النية الجديدة

**النتيجة الثانية** : قلنا ان المادة ٧٩ / ١٠٦ مدنى و٢٢٣٧ فرنسى تقول فى فقرتها الثانية « . . . . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنتفع والمودع عنده والمستعير ولا لورثتهم من بعدهم » فاذا كان المستأجر وغيره لا يملكون بالتقادم لان يدهم يد عارضة فكذلك ورثتهم . فاذا مات المستأجر وجاء

(١) استئناف ٣ مايو سنة ٩٢٠ م ر ١ ، ٢٢ ص ١٧٩ عدد ١١١ ، مرجع ص ٣٩٨ ن ١٤٦٢ . — ويجوز لمشايخ البلاد وان كانوا وكلاء الحكومة ان يكتسبوا ملكية اطيان الحكومة الحرة بوضع اليد عليها المدة الطويلة : مرجع ص ٤٠٦ ن ١٥٠٥ — وبالنسبة لسكان العزبة مستأجرين وعمالا فالاصل ان تعتبر يدهم على مساكن العزبة يدا نيابية أى على سبيل عارية الاستعمال مالم يقم الدليل على عكس ذلك : استئناف ١٠ يناير سنة ٩١٦ ش ، ٣ ص ٢٩٧ عدد ٧٩ ، مرجع ص ٣٧٧ ن ١٣٥٤ ، ٢٨ ديسمبر سنة ٩١٦ ، ٢٩ ، ١٢٩

(٢) كابتان ٨٨١

وارثه من بعده وامتنع عن دفع الايجار وظل هكذا ١٥ سنة فليس له بعد ذلك أن يدفع دعوى التسليم الموجهة ضده من وارث المؤجر بدفع التقادم اعتماداً على أنه قد غير بنفسه لنفسه سبب يده الموروثة عن مورثه وانه وضع يده عقب الوفاة لنفسه [1] بنية أن يتملك [2] وانه بناء على ذلك أصبح مالكا بحكم التقادم [3] والسبب فى تقرير هذه القاعدة ظاهر لان المورث مات وذمته مشتغلة برد العقار ومما لاشك فيه أن هذا الدين الموجود بالتركة بعد الوفاة ينتقل الى الوارث . ويجب على هذا الاخير أن يفى به من التركة . أى أن يده على العقار بعد الوفاة هى يد عارضة . ومتى كان كذلك فلا يجوز له أن يغير سبب وضع يده . وفى هذه الحالة تسرى حينئذ الفقرة الأولى من المادة ٧٩ مدنى المذكورة

ولكن اذا فرض وجاء هذا الوارث وهو على علم بحقيقة سبب وضع يده وباع العقار لمشتر [4] ومضت المدة القانونية لاكتساب الملكية على هذا المشترى ، أصبح العقار ملكا حراً لهذا المشترى ( المادة ٢٢٣٩ مدنى فرنسى وحكمها عام ) ذلك لأن المشترى لا يعتبر خلفاً عاماً للبائع [5] انما هو خلف خاص [6] فلا يصح أن يؤاخذ بعقد مملكه لان سبب وضع يده عند شرائه هو عقده ، لاعقد ايجار المملك له . فهو لايملك بالرجوع لعقد قد تغير فيه بمحض رغبة صاحبه ، وهو المملك له ، فهو يملك بعقده هو الخاص به بنية أنه هو المالك . وعلى ذلك يعتبر واضع يد بالمعنى القانونى الصحيح

## ب — العيب الثانى : عيب عدم الاستمرار

**٣٤٤** — العيب الثانى لوضع اليد هو عدم الاستمرار فيه [7] . ويراد .

(١) Posseder pro suo (٢) Animus sibi habendi

(٣) وكذلك اذا مات ناظر الوقف ووضع الورثة يدهم على الوقف فلا يكتسبونه بمضى المدة : مرجع ص ٤٠٦ ن ١٥٠٤

(٤) Sous-acquéreur (٥) Ayant cause à titre universel

(٦) à titre particulier (٧) Discontinuité

بالاستمرار (١) قيام واضع اليد بأعمال متكررة على العقار بما يطابق طبيعة الحق الذى يدعيه على هذا العقار ، وبطريقة منتظمة دون أن يشوب انتفاعه أى نقص ما أو تتوسط أعماله مدد مختلفة فتقطع فيها يده انقطاعا غير عادى لا يتفق مع حالة استغلال العقار . وبعبارة أخرى يراد بالاستمرار فى وضع اليد أن يظهر واضع اليد على العقار بمظهر صاحب الحق عليه بطريقة لا تترك مجالا للشك ، فاذا ادعى انه واضع يد على مسقاة وجب أن تظهر أمارات وضع اليد من وقت لآخر كلما دعت ضرورة الرى . وليس من اللازم على ذلك أن يعمل ليله ونهاره وطول مدة وضع اليد على جلب الماء من المسقاة . انما اذا جاء وقت المناوبات وجب عليه الانتفاع بالمسقاة انتفاعا ظاهراً . ولا يتعارض الاستمرار مع أوقات الفراغ (٢) التى تعتوره مدة الاستعمال على شرط أن تكون أوقات الفراغ هذه أوقاتاً عادية . وعيب عدم الاستمرار عيب مطلق (٣) بمعنى أنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج به على من يدعى وضع اليد

جـ — العيب الثالث : عيب الاكراه

٣٤٥ — ليس من شأن الاكراه (٤) أن يشق طريقاً فى سبيل التقادم وليس له أن يهيىء لصاحبه وضع يد يمكنه من التملك بمضى المدة ( المادة ٢٢٣٣ فرنسى وحكمها عام ) فاذا وضع شخص يده بالاعتداء (٥) أو التهديد على من كان واضع اليد على العقار من قبل ، أصبح ليس أهلا لحماية القانون له . لان من يدعى حقاً صحيحاً لا يلجأ الى مثل هذه الطرق المعيبة

وهنا يختلف القانون الحاضر عما قرره الرومان فى مسئلتين :

**أولا** : ان الاكراه لايعيب وضع اليد الى ما لا نهاية . ذلك لانه اذا ارتفع الاكراه وزالت آثاره وابتدأ واضع اليد فى حيازة هادئة غير مشوبة بشائبة

---

(١) Continuité (٢) Intermittences (٣) Absolu
(٤) Violences (٥) Voies de fait

الاعتداء أصبحت يده صحيحة ، وأصبح وضع اليد منتجاً لنتائجه القانونية . وهذا ما يستفاد من المادة ٢٢٣٣ فرنسى حيث قررت « ان وضع اليد المفيد لا يبدأ الا من الوقت الذى زال فيه الاكراه » والغالب ان منزوع اليد لا يلجأ فى هذه الحالة الى التمسك بعيب الاكراه ، لانه كان من الواجب عليه أن يتمسك به وقت حصوله . أما القانون الرومانى فكان على عكس ذلك اذ قرر بأن وضع اليد المشوب بالاكراه فى أوله يظل هكذا والعيب لاصق به حتى يرد العقار لصاحبه أو يتفاهم معه تفاهما يزول معه كل أثر للاكراه . وان صح بأن هذا المبدأ الرومانى أسند احكاماً من المبدأ الحاضر ، الا أن هذا المبدأ الحاضر أكثر سهولة منه من الوجهة العملية وآثر فى مجال العمل . اذ يصعب على منزوع اليد أن يقيم الدليل على وجود عيب الاكراه من زمن طويل ، أى من وقت البدء فى وضع اليد

ثانيا : وعلى العكس مما تقدم فانه اذا بدأ وضع اليد هادئاً سليما لم تعره شائبة الاعتداء ظل هكذا ونعت الهدو والسلم عالق به حتى النهاية، يدفع عنه كل مظنة للاعتداء ، ويبيح له فوق ذلك رد اعتداء الغير عليه باعتداء مثله عند الحاجة . لان فى رد الاعتداء بمثله حماية مشروعة للحق لا غضاضة فيها على القانون . ولم يخرج واضع اليد فيما ذهب فيه من وسائل حماية حقه عما يلجأ اليه عادة المالك الحقيقى فى ان يرد الاعتداء بمثله [1]

وقلنا ان عيب عدم الاستمرار عيب مطلق . أما عيب الاكراه فهو عيب نسبى أى لا يدفع به الا من وقع عليه الاعتداء أو التهديد دون غيره . أما لو أبيح لغير المعتدى عليه الحق فى التمسك دائماً بالاكراه ضد المعتدى لترتب على ذلك انكار أول صفة للاكراه وهى اعتباره عرضياً وقتياً [2] أى يزول أثره بزواله ولا يدوم ، ولكان فى ذلك تناقض لما قررناه أيضاً فى أن وضع اليد المفيد لا يبدأ الا من وقت زوال الاعتداء ( المادة ٢٢٣٤ مدنى فرنسى وحكمها عام كما

(١) د ، ٦٩ ، ١ ، ٨٨٣ — كابتان ص ٨٨٣ — استئناف م ١٥ مارس سنة ٩١١ م ت ق ، ٢٣ ، ٢١٩

(٢) كابتان ص ٨٨٣

رأينا ) اذ كيف يقال بزوال الاعتداء وترتب أثر قانونى صحيح على هذا الزوال ، وفى آن واحد يقال بجواز التمسك بالاعتداء مع زواله ؟

## ى — العيب الرابع : عيب الخفاء

**٣٤٦** — يجب أن يحصل وضع اليد عياناً أمام مرأى الناس لا فى الخفاء[1] وأما اذا حصل خفية من الجمهور فقـد أصبح مشوباً . ذلك لان من يدعى حقاً صحيحاً فلا يكون فى حاجة الى التوارى عن أعين الرائين . وان صح الخفـاء فى استغلال المنقول ، فانه يصعب بالنسبة للعقار وهو فيه نادر. كما اذا أحدث شخصاً مخبأ[2] أو مخزناً سرياً فى عقار دون ان يعمل ما ينم على وجوده من انشاء منفذ للضوء والهواء له ( والمثل يكاد يكون خيالياً ونوهت عنه المـادة ٥٥٣ مدنى فرنسى )

والخفاء عيب نسبى كالاكراه فلا يجوز الاحتجاج به الا من قبـل من وقع عليه عمل الخفاء بالذات ، لا من قبل من كانت له أى مصلحة ما . ولنسبية الخفاء أثر ظاهر فيما يتعلق بوضع اليد المشوب بالخفاء . اذ قلنا وقال القانون بالمـادة ٧٩ مدنى أنه لا يجوز للمسـتأجر أن يغـير سبب وضع يده حتى لا يتخذ من ذلك ذريعة للتملك بالتقادم . ولكن اذا منع من تقييد سبب يده بمحض رغبتـه فانه قد يقع التغيير كما رأينا اذا كان ناشـئاً عن عمل الغير . فاذا جاء وارث غير حقيقى وادعى انه الوارث للمؤجر وباع العقار الى المستأجر أصبح المستأجر هذه المرة مشترياً ، وصارت يده على العقار يد مالك ، لانه لا يحوز العقار بالسبب الاول ، وهو عقد الاجارة ، انما يضع يده عليه الآن بسبب عقد الشراء . فالعقد الاول حائل دون التقادم ، أما الثانى فهو مهيىء له . فاذا حصل ذلك ولـكن برغم حصوله ظل المستأجر المشترى يدفع الايجار بنظام مستمر ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بالتقادم ضد الوارث الحقيقى فيما اذا ظهر هذا الاخير وطلب تثبيت ملكيته للعقار

---

(١) Clandestinité  (٢) Cave .

الموروث له عن مورثه : كل ذلك لان التغيير فى سبب وضع اليد ، أى ان عقد الشراء ، ظل مستوراً فى عالم الخفاء بالنسبة للمؤجر

## ٥ — العيب الخامس : عيب الابهام والغموض

**٣٤٧** — الابهام والغموض [١] حيث يعمل واضع اليد بالتعمية على الرائين له فيذهب فى استغلال الشيء مذهبا لا يتفق فى مظهره مع طبيعة الحق الذى يكنه فى صدره . أى انه يجرى أعمالا على الشيء يمكن أن تنصرف الى غيرما يتفق مع الحق الذى يدعيه فيما بعد . فاذا ساكنت امرأة امرأة وماتت الاولى وتركت حلياً ومصاغاً بيد رصيفتها التى كانت تساكنها ، وظلت هذه الاخيرة حائزة لهذه الاشياء ، فهل يجوز لها أن تعمل فى سبيل الافلات من الالتزام برد الاشياء الى ورثة المتوفاة ،على الادعاء بملكيتها للاشياء لانها هى واضعة اليد عليها ، وان وضع يدها هذا كان مقروناً دائماً وأبداً بنية التملك ، باعتباره هبة يدوية [٢] وأن تستعين فى ذلك بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » أخذاً بالمواد ٦٠٧/و٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى ؟ ليس لها ذلك . لان وضع يدها هذا يجوز أن يكون لغير سبب الهبة ، وأن يكون السبب فيه هو معاشرتها للمتوفاة ، أى ان يدها عارضة ، لا مالكة . ويقال فى هذه الحالة بأن هناك غموضاً وابهاماً فى وضع اليد [٣]

وقد يقع مثل هذا الغموض كثيراً بمصر وعلى الاخص عقب ما قررته بعض اللوائح الخاصة بالاراضى المصرية كما ذكرنا فى حينه فى أن للارشد حق وضع يده على أطيان المتوفى . أو أن وارثاً من الورثة يختص هو دون بقية الورثة فى أن يضع يده على التركة . فهل له اذا مضت على يده مدة ١٥ سنة أن يدعى فيما بعد حق تملكه لاطيان وعقارات التركة بمضى المدة فيما اذا طلب بقية الورثة قسمة العقارات على اختلاف انواعها ؟ نعم يصح له ذلك أخذاً بالمادة ٨١٦ مدنى فرنسى وحكمها

(١) Équivoque (٢) Don manuel (٣) د ، ٩٠٤ ، ٢ ، ٢٨٩ ومقال Planiol — س ، ٩٠٣ ، ٢ ، ٤١ ومقال Ferron — كابتان ص ٨٨٤

عام ، ولكن على شرط أن يقوم الدليل على أن الوارث قد ظهر على العقارات بمظهر المالك المستأثر بالملكية دون غيره ودون أن يتشكك الغير فى أنه يعمل له ولزملائه بقية الورثة [1] وأنه ما دام الابهام والغموض يشوبان وضع يده بحيث يرتفع معهما التأكد بأن يده هى وحدها المالكة لا تشاطرها فى الملكية يد أخرى ، فانه لا يملك بالتقادم ، لان التعمية بالاستغلال كما قلنا حائل دون التقادم [2]

ونرى أن الابهام هذا يختلط كثيراً مع الحيازة العارضة . وربما كان سبب الابهام انما هو هذه الحيازة العارضة . ومهما كانت شائبة اليد ابهاماً أو عرضاً فى الحيازة فانه لا يجوز هنا التملك بمضى المدة الا اذا صدرت أعمال من واضع اليد بحيث تكون من الظهور والعلانية بما يتأكد معه الكافة بأنها صادرة من يد مالك يدعى حقاً يتفق معها وانه فى استغلاله لا يتعارض مع كنه حقه . أى ان حقه الذى يكنه فى صدره ويختلج ضميره هو هو هذا الحق الذى تظهره اعماله الخارجية الظاهرة للعيان . أما اذا كانت التعمية فلا تقادم فى غموض أو فى حيازة عرضية

## ٢ — فى التقادم المكسب أو التقادم العادى

### فى المسوغ الاجتماعى والقانونى للتقادم

**٣٤٨** — اذا ظل وضع اليد الخالى عن الشوائب التى تعيبه ، زمناً معيناً مدة ١٥ سنة أصبح واضع اليد مالكا لما حازه أخذاً بالمادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى و ٢٢٦٢ فرنسى ( والمدة فى القانون الفرنسى ٣٠ سنة ) والغرض مما يملكه أنه يملك الحق الذى من أجله وضع يده ، سواء كان حق الملكيــة أو أى جق عينى آخر ، باعتبار أنه لم يكن مالكا لهذا الحق فى الاصل . لأنه لو كان مالكا له من قبل فما كان فى حاجة الى مدة . هذا هو التقادم المكسب [3] أوالتقادم العادى [4]

---

(١) د ، ٧٢ ، ١ ، ٣٣٦ (٢) مجموعة عياشى ص ١٧٧ ن ٨٠٢ و ن ٨٠٥ وقارن ن ٨٠٣

(٣) Prescription acquisitive (٤) Usucapion ordinaire

ولقد جرى القانون الفرنسى على أن عالج مسائل التقادم جميعها بباب واحد ، سواء كان ماخص منها بالتقادم المكسب أو التقادم المسقط أو المبرئ [١] (المواد ٢٢١٩ — ٢٢٨١ ) ويراد بهذا الاخير نوع من أنواع انقضاء الالتزامات تبرأ به ذمة المدين اذا ظل الدائن ١٥ سنة ولم يعمل ما من شأنه الحصول على دينه . ولقد نقد الناقدون هذا الوضع بالقانون الفرنسى من حيث معالجته لمسائل نوعى التقادم تحت باب واحد مع أن النوعين مختلفان . والواقع أن الحقيقة فى الاثنين واحدة . ولم يخطئ الشارع الفرنسى كثيراً فى توحيدهما معاً . ذلك لان الاصول الاساسية للتقادم من حيث هو واحدة فيهما لان الاسباب التعليلية لها واحدة . وفوق ذلك فانهما يشتركان فى كثير من القواعد القانونية الخاصة بهما وعلى الأخص فى المسائل المتعلقة بحساب المدة [٢] وبوجه عام فى المسائل الخاصة بايقاف المدة [٣] وقطع المدة [٣]

ويظهر أن الشارع المصرى قد تأثر لهذا النقد الذى نقد به الناقدون القانون الفرنسى فلم يشأ القانون المصرى أن يعمل ما عمله مصدره القانون الفرنسى من جعل قواعد التقادم بنوعيه تحت باب واحد . بل أتى بالتقادم المكسب فى باب اكتساب الملكية والحقوق العينية ( المواد ٧٦ — ٨٧ / ١٠٢ — ١١٦ مدنى ) ثم أتى بعد ذلك بالتقادم المسقط أو المبرئ فى باب انقضاء الالتزامات (المواد ٢٠٤ — ٢١٣ / ٢٦٨ — ٢٧٧ مدنى ) وذكر بهذا الباب الاخير بالمادة ٢٠٥ / ٢٦٩ مدنى بأن القواعد التى وردت بالتقادم المكسب فيما يتعلق بايقاف المدة وقطعها تسرى هى الاخرى على التقادم المسقط . وفاته أن التشابه بين الاثنين فى الاحكام للتقادم من حيث هو لا يقف عند قطع المدة وايقافها فقط بل يتناول التشابه أحكاماً أخرى مشتركة بين الاثنين بما فصلناه بنظرية الالتزامات [٥]

---

(١) Prescription extinctive ou libératoire

(٢) Computation des déllais　(٣) Suspension

(٤) Interruption　(٥) الالتزامات ص ٤٨٠ ن ٤٨٩ وما بعدها

**٣٤٩** — وللتقادم المكسب نظام من شأنه تأييد المغتصب وتثبيت يده على ما اغتصبه . وكيف يكون هذا شأن التقادم وأن يؤخذ فيه بما لا يتفق والعدالة الظاهرة ، وكيف يكون شأنه كذلك على الاكثر فى أن كثيراً من الامم المتوغلة فى المدنية تأخذ به هى الأخرى ؟ وكيف يفخر الناس بفضائل هذا النظام ومنافع نظام التقادم وهو على تلك الحال من احقاق الباطل حتى نعت بأنه سيد الانظمة البشرية ودعاه الناس «بسيد الجنس البشرى»[١]؟ ان فى تقرير هذا النظام وتبرير وجوده أسباباً وعللا هامة جعلت الناس يحبذونه ويعملون على الاخذ به . أما هذه العلل فهى :

١ ) لقد دلت التجارب على أنه اذا ظلت حالة مادية مستقرة على حال واحدة كان من اللازم على ذلك ترك الحالة كما هى وان لا يعمل فيها ما من شأنه المساس بما استقرت عليه من الحقوق الظاهرة . وفى ذلك مصلحة للنظام الاجتماعى العام اذ من مصلحة هذا النظام أن تستقر الحقوق فيما سكنت اليه وان لا يتناولها المس فيما استقرت فيه

٢ ) ان المالك لشيء اذا تخلى عنه زمناً ما وتركه فى يد منتفع له يعتبر أنه قد ارتكب اهمالا لا خلاف فيه . وكان مما يترتب بالطبيعة على هذا الاهمال أن ينال مرتكبه جزاءه فيه . والجزاء هو تملك الغير للشيء مع فعل الزمن

٣ ) اذا ظل الغير واضعاً يده على الشيء زمناً معيناً دون أن يطالب به صاحبه يصبح من المفروض فى هذه الحالة أن صاحب الشيء أو خلفاؤه قد سبق لهم ان تصرفوا فيه بأحد أنواع التصرف . وعلى هذا الاعتبار لا يعتبر التقادم أداة من وسائل التملك انما يعتبر على الاكثر أنه أمارة على سبق تملك الشيء لسبق وجود سبب قانونى فى تمليكه ، ويراد بالسبب سند التمليك الذىء لم يوجد بعد . وهذا التعليل ينطبق فى الحقيقة على نوعى التقادم ، المكسب والمبرىء ، وهو ما أشارت اليه المادة ١٣٥٠ مدنى فرنسى عند سردها لانواع القرائن[٢]

---

(١) Patronne du genre humain (٢) كتابنا فى الاثبات ج ٢ فى القرائن

وهذا التعليل الاخير فى أن التقادم أمارة على سبق تملك الشيء بسند من قبل يمكن الاستعانة به فى تعليل التقادم تعليلا أدق مما تقدم فيما يتعلق بالوقت الحاضر. ذلك لانه طبقاً للقوانين الحاضرة تعتبر الوسيلة العادية لتملك حق الملكية أو تملك أى حق عينى، هى العقد أو أى عمل آخر ناقل للملكية . فتنتقل الملكية بواسطة العقود أو الوصية أو الارث، وتنتقل من مالكها الاصلى الحقيقى . ولكن لاجل أن ينتج العقد أو العمل المادى أثره الفعلى القانونى يجب أن يكون المملك بوجه عام مالكا لما ملكه لغيره سواء كان الغير مشترياً أو وارثاً أو موصى اليه . وعلى ذلك لا يكفى للمشترى أو الوارث فى اثبات ملكيته أن يقيم الدليل على وجود عقده وسبب تمليكه بل يجب عليه أيضاً أن يثبت وجود العقد أو العمل القانونى الذى تملك به المملك البائع أو المورث، وأن يثبت أيضا أن من ملك مملكه انما كان يملك هو الآخر، وهكذا الى ما لا نهاية له . ولا يخفى ما فى هذا التحليل التسلسلى من التعقيد واستحالة الوصول الى المقصود . لذا شرع التقادم حتى يسهل على من ادعى به أن يقيم الدليل فقط على وضع يده وضعاً قانونياً صحيحا المدة المقررة لاكتساب الحق . ولا محل بعد ذلك الى اثبات الملكية السابقة والسابقة عليها وهكذا بما فيه التعجيز كل التعجيز كما هو ظاهر [1]

٣٥٠ — وقد آن لنا أن نذكر شروط التملك بالتقادم . ولما كان التقادم هو اكتساب الملكية بوضع اليد الطويل فتترتب على ذلك الشروط الآتية :

١ ) أن تكون هناك وقائع مادية [2] تفيد حقيقة وضع اليد وتمهد السبيل للتملك بمضى المدة

٢ ) مضى زمن معين ، أى استمرار هذه الوقائع المادية قائمة زمناً ما

٣ ) ويجب فوق ذلك أن لا يكون قد تأثر هذا الزمن بما يمحوه أو يعطل مفعوله بفعل قطع التقادم أو ايقافه

(١) كابيتان ٨٨٥ — ٨٨٦ (٢) Faits

٤ ) ويجب أخيراً أن يكون قد أدلى صاحب التقادم بدفع التقادم بعبارة جلية تدل على أنه يريد التمسك به حقيقة

وانا نبين كل شرط على حدة

## § ١ — الشرط الاول : الوقائع المادية التى تدل على وضع اليد المقيد

### المبحث الاول : الوقائع المادية المملكة

**٣٥١** — لقد سبق لنا أن ذكرنا شروط وضع اليد المقيد فلا نعود اليها . وانا نقول هنا أنه لامحل لاشتراط حسن النية بالقانون المصرى والفرنسى لاجل التملك بفعل التقادم ، لان سيىء النية يملك أيضاً بمضى المدة . وعلى ذلك يعتبر الغاصب والسارق فى عداد واضعى اليد ويملكان بالتقادم اذا مضت على يدهما مدة ١٥ سنة . وعلى العكس من ذلك الحائزون العرضيون فانهم لا يملكون بالتقادم مهما طال أجل حيازتهم كما رأينا

ولا محل لان نعيد القول هنا فيما قررناه بشأن الحقوق الخاضعة للتقادم . اذ يخضع للتقادم جميع الحقوق العينية وعلى الاقل الحقوق الاصلية منها ، وهى الملكية والانتفاع والارتفاق

**٣٥٢ — التقادم والدائرة السنية** : انتهى الاضطراب المالى واسفرت التحقيقات المالية التى عملت اذ ذاك باصدار قانون التصفية المشهور فى ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠[1] وتقررت به القواعد التى يجب مراعاتها بين الحكومة ودائنيها والتى

---

(١) ونرى هنا من اللازم ان نأتى بلمحة تشريعية سريعة بشأن التشريع المالى المصرى الذى مهد السبيل لقانون التصفية الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠ والذى نقصر القول فيه على ماقرره بشأن التقادم وأملاك الحكومة الضامنة لسداد الدين . وهذه اللمحة ضرورية للوقوف على مبلغ حكم التقادم المقرر بهذا القانون وبعد أثره فى عالم القانون المدنى .

وذلك انه لما تفاقم الخطب المالى بمصر من جراء ما اقترضته من الديون العديدة ( وهى ديون الحكومة المقترضة فى سنى ٨٦٢ أو ٦٤ و٦٨ و٧٣ ، وديون الدائرة السنية المقترضة فى سنى ١٨٦٥ و٦٧ و٧٠ ) صدر دكريتو فى ٢ مايو سنة ١٨٧٦ بانشاء صندوق الدين . وفى ٧مايو

يجب الاخذ بها أمام القضاء . ويهمنا هنا من هذه القواعد المواد ٤٠ و ٤١ و ٨٤ و ٨٦ . وتقرر بهذه المواد أن تكون ملكا للحكومة أملاك الدائرة السنية والدائرة الخاصة ، وهي الاملاك المبينة بالكشفين المرفقين بالعقد المؤرخ ١٢ يوليو سنة ٧٧ الخاص بتسوية ديون الدائرة السنية والمعقود بينها وبين دائنيها من الانكليز والفرنساويين وغيرهم ( المادة ٤٠ ) وأن تكون هذه الاملاك مخصصة لضمان دين الدائرة السنية العمومي . ولا يجوز توقيع الحجز عليها لغاية تمام استهلاك هذا الدين ( المادة ٤١ ) . وأملاك الحكومة المبينة بدكريتو ١٦ يونيه سنة ٨٠ تكون معتبرة من ضمن الاملاك الميرية العمومية التي لا يجوز الحجز عليها أو تملكها

سنة ٧٦ صدر دكريتو بتوحيد الدين . وفي ١٠ سبتمبر سنة ٧٧ صدر الأمر العالي بالموافقة على العقدين اللذين حصلا في ١٢ و ٣١ يوليو سنة ٧٧ بين الدائرة السنية ودائنيها من الانكليز والفرنساويين وغيرهم بشأن تسوية هذه الديون وكيفية تسديدها . وأرفق بعقد ١٢ يوليو الكشف نمرة ١ ببيان الاملاك المرهونة وفاء للديون وهي ٤٣٤٩٧٥ فدانا وملحقاتها ، والكشف نمرة ٢ بمقدار ٥٠١٥٦ فدانا وملحقاتها . وفي ٢٧ يناير سنة ٧٨ صدر دكريتو بتشكيل قومسيون التحقيق الاعلى وتعين أعضاؤه بدكريتو ٣٠ مارس سنة ٧٨ . وفي ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٨ تقرر انشاء مجلس النظار . وفي ٢٦ اكتوبر سنة ٧٨ تنازلت عائلة الخديوي عن أملاكها للحكومة ، وتقرر عمل قرض بمبلغ ثمانية مليون ونصف من الجنيهات الانكليزية ، وضمن هذا القرض بهذه الاملاك (البالغ قدرها ٤٢٥٧٢٩ فدانا خلاف المباني) . وفي ١٠ ديسمبر سنة ٨٩٦ صدرت اللائحة الوطنية بشأن كيفية تسديد ديون الحكومة وبتكليف مجلس النظار بتنقيح لائحة النواب الاساسية والنظامية وعرضها على مجلس النواب ، واعتبار مجلس النظار مسئولا إمام مجلس النواب . وفي ٢٣ ابريل سنة ٧٩ صدر دكريتو بتعيين أعضاء مجلس شورى الحكومة وتحديد وظائفه . وفي ١٥ نوفمبر سنة ٧٩ صدر دكريتو باعتبار الاملاك التي حصل عنها التنازل من أعضاء العائلة الخديوية ضمانا لقرض ثمانية مليون ونصف من الجنيهات والمتقدم ذكره ، اعتبارها أملاكا لايجوز الحجز عليها ولا يمكن بيعها الا بمعرفة أعضاء قومسيون الاراضي الميرية . وفي ٣٠ نوفمبر سنة ٧٩ قدم المفتشون العموميون الاجانب المعينون بدكريتو ٤ سبتمبر سنة ٧٩ تقريرهم عن الحالة المالية المصرية . وفي ٢١ مارس سنة ١٨٨٠ قررت الدول الاجنبية قبول قرار لجنة التصفية بمثابة قانون نافذ امام المحاكم المختلطة . وفي ٣١ مارس المذكور صدر أمر خديوي بتشكيل لجنة قومسيون التصفية . وفي ١٦ يونيو سنة ٨٠ صدر أمر خديوي باعتبار سراي عابدين وسراي الاسماعيلية وسراي القصر العالي ومطبعة بولاق وسراي الجزيرة وسراي الجيزه والفنادق والحمامات بحلوان وجنينة النزهة باسكندرية وسراي الرمل وسراي قينة وسراي المنصورة ، من الاملاك الميرية المعدة للمنفعة العامة . وفي ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠ صدر قانون التصفية العمومي المعمول به الآن امام المحاكم ، وهو ما نقصر البحث فيه على آثار المواد ٤٠ و ٤١ و ٤٢ و ٨٤ و ٨٦ منه فقط

بمضى المدة . أما الحقوق المكتسبة والمقررة عليها قبل دكريتو ١٦ يونيو المذكور فتظل صحيحة ( المادة ٨٤ ) . ثم قررت المادة ٨٦ ما يأتى : « ابتداء من تاريخ هذا القانون لا يقبل من أى شخص كان اقامة أى دعوى كانت على الحكومة أو على مصالحها أمام أى محكمة لأى سبب وبأى صورة كانت بخصوص الحقوق المكتسبة قبل أول يناير سنة ١٨٨٠ . . . »

ومن ذلك نرى أن هناك طائفتين من المواد ٤٠ و ٤١ من جهة ، والمواد ٨٤ و ٨٦ من جهة أخرى

١ ) **فى المواد ٤٠ و ٤١ من قانون التصفية** : قررت هذه المواد ضمانا للديون المطلوبة من الدائرة السنية . ويشمل هذا الضمان الاملاك المبينة بالكشفين المرفقين بعقد ١٢ يوليو سنة ٧٧ وهى ٤٣٤٩٧٥ فدانا و ٥٠١٥٦ فدانا ( المادة ٤٠ ) وقرر عدم جواز الحجز عليها حتى الوفاء بالديون

٢ ) **المواد ٨٤ و ٨٦ من قانون التصفية** . قررت هذه المواد اعتبار سراى عابدين والاسماعلية والجزيرة الخ . . من الاملاك العامة ( المادة ٨٤ ) وانه لا يجوز من أول يناير سنة ٨٨٠ مقاضاة الحكومة باى حق ادعى باكتسابه قبل هذا التاريخ

ويجب ربط هاتين الطائفتين مع بعضهما البعض عند تفسيرهما . وعلى ذلك تتقرر القواعد الآتية :

١ — لا يجوز الحجز على الاملاك الضامنة كما أنه لا يجوز الادعاء أمام القضاء بحقوق مكتسبة عليها قبل أول يناير سنة ٨٨٠ . ولا يجوز مطالبة الحكومة بتعويض أيضاً [1]

---

(١) ج ع ١ ص ٢٠٥ ن ٢٥٦٠ — ج ع ٢ ص ٢١٢ ن ٢٢٤٤ و ٢٢٤٧ ويلاحظ القضاء المختلط فى تفسيره للمواد ٤٠ و ٤١ ربطها بالمادة ٨٦ ، أى ربط الدفع الخاص بعدم القابلية للحجز ، بالدفع الخاص بعدم جواز التمسك بالتقادم : ن ٢٥٦٠ المذكورة — انظر مع ذلك استئناف ٧ ديسمبر سنة ٩٢٢ م ر ١ ، ٢٤ ص ١٣٩ عدد ٨٣ — م ٣ ص ٥٠٥ عدد ٤٠٨ ، مرجع ص ٣٨٤ ن ١٣٩٠ وهو حكم اضطربت فيه طريقة التدليل بما يدل على عدم الالمام بالقواعد والاعتبارات التى روعيت فى وضع قانون التصفية

٢ — الاملاك الضامنة غير قابلة للتملك بالتقادم بعد صدور قانون التصفية[1]

٣ — ان عدم جواز الحجز لا ينصب الا على العقارات الضامنـة للديون والمبينة بالكشفين نمرة ١ و ٢ المرفقين بعقد ١٢ يوليو سـنة ٧٧ والتى أصبحت ملكا للحكومة [2]

٤ — ان الغرض من تقرير عدم جواز الحجز على الاملاك الضامنـة والتى أصبحت ملـكا للحكومة لا يرمى مطلقاً الى الافتيات على الحقوق التى تكون قد ترتبت للغير على هذه الاملاك بطرق قانونية مشروعة ، ولا الافتيات على القاعدة القائلة بأنه فى حالة نقل الملكية لا يكتسب المشـترى حقوقاً أكثر من الحقوق المقررة للبائع له[3] وعلى ذلك لا يجوز للدائرة السنية التمسك بدفع المادة ٨٦ القاضى بعدم جواز التمسك بمضى المدة اذا مضت مدة ١٥ سـنة على واضع اليد وظهوره بمظهر المالك قبل تاريخ قانون التصفية [4]

٥. — ان الدفوع الاستثنائية المقررة بقانون التصفية بالباب الثانى (وبالباب الثالث ايضاً) انما وضعت لمصلحة الدائنين لا لمصلحة الحكومة [5] . وعلى ذلك نقدا هذه الدفوع الاستثنائية اذا تم استهلاك الدين المضمون [6]

٦ . — ان الدفع [7] المقرر بالمـادة ٨٦ لا يجوز التمسك به قبل الحكومة ومصالحها لانه تقرر لها لا عليها[8]

٧ . — يقول القضاء المختلط تارة ان الدفع المقرر بالمادة ٨٦ باعتباره مساوياً للتقادم [9] لا يؤخذ به الا فى الدعاوى لا فى الدفوع الفرعية [10] . وهذا الدفع

(١) ج ع ١ ص ٢٠٥ ن ٢٥٦١ (٢) ن ٢٥٦٢ و ٢٥٦٤ و ٢٥٦٦ و ٢٥٦٧ من الجدول العشرى الاول — ون ٢٢٣٠ ج ع ٢ ص ٢١٠

(٣) ن ٢٥٦٣ (٤) ج ع ٢ ص ٢١٠ ن ٢٢٣١

(٥) بنى سويف حكم استئناف ٣٠ مارس سنة ٩١٥ عياشى ص ١٧٨ ن ٨١ ، م ر ١ ، ١٦ ص ١٥٠ عدد ٩١ وعلى الاخص العامود الثانى من الصفحة ١٥١ ، والحكم لم يلم الماماً صحيحاً بالاصول التى كانت عمدة واضعى قانون التصفية . ولذا جاءت طريقة تدليله مضطربة

(٦) ج ع ٢ ص ٢١١ ٢٢٣٤ (٧) Forclusion

(٨) ج ع ١ ص ٢٠٧ ن ٢٥٩٠ (٩) Prescription (١٠) Exceptions

باعتباره دفعاً خاصاً ومن نوع خاص (١) لا يمكن اعتباره دفع سقوط بالمعنى الصحيح (٢) ما دام انه لم يرجع فى تقريره الى عدم قيام صاحب الشأن باجراء أعمال معينة فى وقت معين (٣). ويقول ايضاً هذا القضاء بان الدفع المقرر بالمادة ٨٦ هو تقادم حقيقى، وان ذلك تأيد بالمادة ٢٣ من دكريتو ٢٧ يوليو سنة ٨٥ وطوراً يقول هذا القضاء بأن دفع المادة ٨٦ هو سقوط لا تقادم وانه على ذلك لا يجوز ان يقبل الايقاف قبل القصر (٤)

(١) Sui generis (٢) déchéance proprement dite

(٣) ن ١٥٩١ من الجدول العشرى الاول

(٤) ن ٢٦٠٥ — ١١ فبراير سنة ٩٧، ٩، ١٥٣ وهو يقضى بان حق المعاش الذى يستحقه الموظف قبل أول يناير سنة ١٨٨٠ ولم يرفع به صاحبه دعوى قبل ١٧ يوليو سنة ٨٠، يسقط بمدة السقوط. ولم يذكر الحكم أسبابا يدعم بها قوله فى أن مدة المادة ٨٦ هى مدة سقوط لا مدة تقادم: أنظر ص ١٥٤ العامود الاول من المجلة المذكورة — ن ٢٥٩٣، ٦ ديسمبر سنة ٨٨، ١، ٢٣ والتعليق الهام على هذا الحكم. وحجة القضاء فى اعتبار دفع المادة ٨٦ تقادما prescrption لا سقوطا déchéance، وان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع مدة السقوط كما يقطع مدة التقادم، ان حالة السقوط هى كحالة التقادم برغم وجود بعض الفروق بين الحالتين، وانه يجب أن تتمشى على السقوط أحكام التقادم المسقط. وعلى ذلك يجب أن تتمشى على السقوط القاعدة المقررة فى التقادم بشأن عدم جواز التنازل عن التقادم قبل حصوله وتمامه ( المادة ٨٠ / ١٠٨ مدنى ). ويترتب على ذلك أيضاً أنه كلما تبين بان غرض الشارع، فى حالة تقريره لحالات سقوط، يرمى الى اعتبار هذه الحالات بمثابة وسيلة للتحرر من الدين، أى وسيلة مشابهة للتقادم، أى أن الغرض من السقوط هو نفس الغرض من التقادم وهو افتراض أن الدائن ترك حقه، اذا تبين ذلك جاز أن تقطع مدة السقوط بنفس الاسباب التى تقطع بها مدة التقادم.

وذيل محررو المجلة هذا الحكم بأنه اذا جاء الشارع واشترط فى رفع الدعوى بالمطالبة بحق ضرورة رفعها فى وقت معين، وجب اعتبار انقضاء هذه المدة expération سقوطا déchéance لا تقادما presription (أبرى ورو ج ٨ ص ٤٢٦) وذلك لان من شأن تحديد مدة لرفع الدعوى وتقييدها بهذا القيد أنه يترتب على عدم رفعها فى المدة المعينة سقوط الدعوى بالذات، اذ بمجرد انتهاء الزمن المعين وانقضائه يسقط الحق فى رفع الدعوى بصرف النظر عما اذا كان اهمالا أو رغبة من صاحب الحق فى عدم رفع الدعوى. وأما بالنسبة للتقادم فان الحال على عكس ما تقدم لان انقضاء الدعوى يدل على أن هناك شرطاً خارجيا condition extrinsèque وهو اهمال الدائن فى رفع الدعوى فى الزمن المقرر. وهذا يفسر القاعدة المقررة فى جعل مدد السقوط تسرى على مفقودى الاهلية والمبلغ فى آن واحد، بخلاف مدد التقادم فانها توقف بالنسبة لمفقودى الاهلية

هذا وقد حكم من محكمة اسكندرية المختلطة الكلية فى ٢٢ مايو سنة ٨٨ بحكم أصبح حائزاً لقوة

٨ — يجوز للحكومة التمسك بدفع المادة ٨٦ أمام الاستئناف حتى ولو كانت مستأنفاً عليها ولم ترفع هى استئنافاً [١]

٩ — لا تقبل دعوى التعويض قبل الحكومة عن اعمال سابقة على أول يناير سنة ٨٠ اذا رفعت الدعوى بعد ١٧ يوليو سنة ١٨٨٠ [٢]

١٠ — ويتمشى دفع المادة ٨٦ على الحقوق العينية وحقوق الدائنية [٣]

١١ — ان دفع المادة ٨٦ يتمشى فقط على الدعاوى التى ترمى الى الحكم بجعل الحكومة مدنية والى زيادة الدين العمومى الذى عنى قانون التصفية بتحديده وتصفيته [٤] وعلى ذلك فلا تتمشى المادة ٨٦ على الدعاوى العينية كدعوى اثبات تحرر العقار من حق ارتفاق [٥] تدعيه الحكومة على املاكها الضامنة للدين العمومى [٦]

## المبحث الثانى : الاعمال المادية غير المملكة أو الاعمال الناشئة عن التسامح والتجاوز

### (اً) فى طبيعة أعمال التساهل والتسامح

**٣٥٢** — تقررت أعمال التسامح والتجاوز [٧] بالمادة ٢٢٣٢ فرنسى تقريراً عاماً يؤخذ به فى القانون المصرى [٨] حيث نصت على ما يأتى : « لا ينشأ عن اعمال

الشيء المحكوم فيه بأن الدفع المقرر بالمادة ٨٦ من قانون التصفية يسرى على القصر ثم قرر محررو المجلة بأنه يجب اعتبار الدفع المقرر بالمادة ٨٦ المذكورة ( وبالمادة ٢٤ من دكريتو ٢٧ يوليو سنة ٩٥ ) دفعاً خاصاً بالسقوط الصحيح déchéances proprement dite؛ انما اضافوا على ذلك بانه لا توجد هناك فائدة عملية من وصف السقوط المقرر بالمادة ٨٦ تقادما ما دام أن أسباب القطع واحدة فى التقادم والسقوط

وختموا تعليلهم بأنه توجد فى الحقيقة والواقع فروق بين السقوط والتقادم فى بعض حالات خاصة وهذا ما دعاهم الى وضع هذا البيان

(١) ن ٢٥٩٢ (٢) ن ٢٥٩٦ (٣) Droits de créance ن ٢٥٩٨ و ٢٦٠١
(٤) ج ع ٢ ص ٢١٢ ن ٢٢٤٨ (٥) Action negatoire (٦) ن ٢٦٠٧
(٧) Actes de tolérance أو De pure faculté (٨) مرجع ص ٣٩٥ ن ١٤٣٩ ، ج ع ٢ ص ٣٨٢ ن ٤٠٨٩ و ن ٤٠٩٨ و ص ٣٨٣ ن ٤٠٩٩

التساهل[١] والتسامح[٢] لا وضع يد ولا تقادم »

وأعمال التسامح البسيط[٣] هى اعمال استغلال جزئى لا تضايق المالك للعقار كثيراً ويتساهل هذا المالك فيهـا نظراً لمجاملة الجوار فيقبلها على عقاره فيجريها الغير على عقار المالك لا من طريق حق مقرر بل من طريق مجاملة مالك العـقار لجاره المـالك لعقار آخر . كما اذا مكن مالك العقار الاول مالك العقار المجاور من المرور بأرضه أو من تركه لمواشيه تشرب من مسقاته . ومن البديهى أن لمـالك العقار الاول الذى توقعت على عقاره هذه الاعمال الحق فى منع جاره من القيـام بها . وعلى ذلك فان هذا الجار لا يتملك مع الزمن مهما طال هذا الزمن أى حق ما من هذه الحقوق الارتفاقية على جاره المتسامح معه وذلك لانه لو قيـل بتملك هذا النوع من الارتفاق بمرور الزمن لترتب على ذلك أنـــ الملاك لا يتركون جيرانهم يأتون أى نوع ما من هذه الاعمـال خوفاً من تملكها بالتقادم ولا يخفى ما فى ذلك من بذر بذور العداء المتواصل والتنافر المستمر بين جيران تجب عليهم صلة بعضهم البعض بصلات المجاملة وحسن الجوار

**٣٥٣**—وأما أعمال التساهل[٤] فهى اعمال استغلال ايضاً وتعتبر نتيجة لحالة قانونية سابقة مكتسبة دون أن يكون فيهـا اعتداء بضرر على الجار[٥] فاذا كان للمالك منزل على شاطئ البحر وتفصله عن البحر أرض مملوكة للغير وظل هذا الغير يستفيد من النظر الى البحر مدة ١٥ سنة دون أن يقوم أمامه أى معـترض من قبل الجار فلا يجوز له مع ذلك ، الادعاء بأنه اكتسب حق الارتفاق المطل على الجار فيما اذا قام هذا الجار وأراد البناء بأرضه . كما وانه لا يجوز له ايضاً الادعاء بأنه اكتسب حق ارتفاق عدم البناء ويطلب الى جاره الامتناع مطلقاً عن البناء . ذلك لان فى قيام مالك المنزل من الانتفاع بمزية النظر الى البحر فانه لم يخرج عن

---

(١) Actes de pure faculté

(٢) De simple tolérance

(٣) Actes de simple tolérance

(٤) Actes de pure faculté

(٥) Empiètement

كونه يستفيد هو بمنزله فقط بما لم يكن فيه أى اعتداء على الجار ، ذلك الاعتداء الذى ينقلب حقاً مشروعاً مع الزمن . ولم يدر بخلده وقت الانتفاع العمل على سلب جزء من منافع ملك الجار وعلى تجزئة ملكية الجار . وهو لا ينجح فى مثل هذا الادعاء الا اذا جمع بين اثنين ، الشيء والنية [1] وحيث لا نيـة ولا شيء ، أو حيث الواحد دون الآخر ، فلا وضع يد ولا تقادم . وهناك مثل آخر لاعمال التساهل هذه خاص بمياه المنبع والعقار المرتفع والعقار المنخفض ومتى يكتسب هذا الاخير حق ارتفاق على الاول . اذ لا يكتسب هذا الحق الا اذا قام صاحبه بأعمال بالعقار المرتفع بالذات لا بالعقار المنخفض . لانه فى القيام بأعمـال ظاهرة بالارض المرتفقة لا بالارض المرتفق بها أثناء المدة المكسبة لا يترتب عليه اكتساب حق الارتفاق بالتقادم ( المادة ٦٤٢ فرنسى المعدلة بقانون سنة ١٨٩٨ )

## ( ٢ ) فى أثر حكم أعمـال التسامح

### على تملك حقوق الارتفاق بالتقادم

**٣٥٤** — ان للحكم المتقدم الخاص بأعمال التسامح والتساهل أثراً ظاهراً فى بعض حقوق الارتفاق المقررة بالمـادتين ٦٩٠ و ٦٩١ مدنى فرنسى واللتين يجب الاخذ بهما بالقانون المصرى باعتبار أنهما يقرران أحكاماً عامة . ومنهمـا يتبين أن الارتفاقات التى يمكن أن يحصل تملكها بالتقادم هى الارتفاقات المستمرة والظاهرة دون غيرها من أنواع الارتفاقات الاخرى . أما المادتان المذكورتان فهما ما يأتى . قالت أولاهما . «حقوق الارتفاق المستمرة والظاهرة تكتسب بسند أو بوضع اليد مدة ثلاثين سنة » . وذكرت ثانيتهما ما يأتى : « حقوق الارتفاق المستمرة وغير الظاهرة ، وكذلك حقوق الارتفاق المتقطعة الظاهرة وغير الظاهرة لا يجوز حصولها الا بسند »

وهذه القاعدة فى جواز تملك حقوق الارتفاق المستمرة والظاهرة فقط هى

(١) كابتان ص ٨٨٦

قاعدة أساسية تقررت حتى تكون حلا حاسما بين ما قام بالقانون الفرنسى القديم قبل وضعه سنة ١٨٠٤ من الخلاف اذ كانت تحظر بعض القوانين القديمة تملك حقوق الارتفاق بالتقادم ، أى انه ما كان يجوز لاحد قام بأعمال على ملك الغير تشبه حقوق الارتفاق أن يتملكها بعد مرور زمن طويل . وقال البعض الآخر بجواز تملك حقوق الارتفاق اذا ظل العمل بهـا زمناً طويلا ما عدا الارتفاقات المتقطعة التى لم يتقرر فيها التملك بالتقادم الا اذا كانت مقرونة بوضع يد قديم جداً لا يعرف مبـدأه(١) . أما الآن فقد قرر القانون الفرنسى أنه يجوز تملك حقوق الارتفاق بالتقادم . هذا هو الاصل . ويستثنى من ذلك الارتفاقات المتقطعة أو غير الظاهرة اذ لا يجوز تقرير هذا النوع الا بعقد . ولا عبرة فيه بمضى الزمن الطويل الذى لا يعرف له بدء

وما هى اذن الاسـباب التى دعت الى تقرير هذه القاعدة فى أن حقوق الارتفاق التى تقبل التملك بالتقادم انما هى وهى فقط المستمرة والظاهرة ؟ الحكمة فى ذلك ما يأتى :

١ ) **الارتفاقات المتقطعة** : ذكر المشترع بولص أحد نابهى الرومان أن الارتفات الخلوية (٢) لا يجوز تملكها بالتقادم لان مثـل هذه الارتفاقات ليست صالحة لان تكون محلا لوضع اليد المحقق والمسـتمر . وقال بأنه اذا قيل بارتفاق خاص بالمرور فانه لا يستطيع أحد أن يمر بطريقة مستمرة فى طريق لا بد وأن ينقطع فيه المرور وقتاً ما . وقال بهذا الرأى أيضاً أحد شارحى القانون الفرنسى القديم اذ قال بأن حقوق الارتفاق المتقطعة انما تحصل بأعمال منفردة ومنعزلة عن بعضها البعض وعلى ذلك فلا يمكن وضع اليد عليها بطريقة مستمرة

أما الشارحون الحاضرون فانهم لم يجدوا صعوبة ما فى تقرير عدم صحة هذه القاعدة من الوجهة القانونية . ذلك لانه ولو اشترط حقيقة فى وضع اليد المفيد أن يكون بطريقة مسـتمرة فليس معنى ذلك انه يجب القيام بالاعمـال الدالة على

---

(١) Possession immémoriale
(٢) Servitudes rurales

وضع اليد قياماً مستمراً لا يتخلله زمن ما تنقطع فيه اليد ، بل يجوز مع استمرار هذه الاعمال أن تتخللها أزمان عادية منتظمة لا تحصل فيها هذه الاعمال . وعلى ذلك يعتبر الارتفاق المتقطع كحق المرور ، حقا قابلا لان يكون محلا لوضع اليد المستمر ما دام صاحب حق الارتفاق هذا يمر فى الاوقات التى يشعر فيها بالحاجة الى المرور[1]

أما السبب الحقيقى فى عدم تملك الارتفاق المتقطع فهو غير ما تقدم بيانه . ذلك لان أحد المحضرين لقانون نابليون الموضوع سنة ١٨٠٤ قال عند التكلم على عدم جواز تملك الارتفاق المتقطع بالتقادم ، بأن مثل هذه الاعمال المنفردة والمنعزلة كالمرور بأرض الجار وشرب المواشى من مسقاة الجار وأخذ المياه من بئره ، هذه الاعمال لم تخرج عن كونها مجرد أعمال تسامح ، أى ان الجار التى وقعت بملكه هذه الاعمال لم يعول على حصولها تعويلا ما ولم يعرها من العناية والفات النظر شيئاً ما ، وعلى ذلك فلا يترتب لمن يجريها حق ما ، والا اذا قيل بترتب حق بسبب اجرائها مدة طويلة لكان ذلك سبباً فى ايقاظه ولفت نظره ومنع حصولها ، وفى ذلك ما فيه من تقطع روابط الجوار وبذر بذور الشقاق المتواصل والتنافر المستمر . وعلى ذلك يرى الشارحون الحاضرون ان المادة ٢٢٢٩ فرنسى القائلة بشروط التملك بالتقادم من وضع يد هادىء مستمر الى آخر ذلك ، وهى المقابلة للمادة ٧٦/١٠٢ مدنى مصرى ليست هى التى يستعان بها فى شرح المادتين ٦٩٠ و٦٩١

(١) محكمة اسكندرية حكم استئناف ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م را ، ٢٢ ص ٥٣ عدد ٢٥ . — الاقصر فى ٢٨ فبراير سنة ٩٢٠ م ر ، ١ ٢٢ ص ٧٦ عدد ٤٢ . — قارن حكم محكمة الزقازيق الكلية فى ٩ يونيو سنة ٩١٥ م را ، ١٧ س ٥٣ عدد ٤٢ حيث قرر بأنه يجب أن يلحظ فى صفة الاستمرار اللازم لصحة وضع اليد المؤدى لاكتساب الملكية طبيعة العقار المطلوب تملكه وليس من اللازم أن تثبت تلك الصفة بأعمال انتفاع متوالية بلا انقطاع . — م ت ق ، ١٧ ، ٢٣٢ . — الشرائع ١ ص ١٢٠ عدد ٢٤٠ . — الشرائع ٦ ص ٦١ عدد ٩ . — الشرائع ٤ ص ١٢٢ عدد ٣٩ . — واذ حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتا معينا من كل سنة فلا يمنع ذلك من توفر صفة الاستمرار فى وضع اليد متى قام واضع اليد بزراعتها كل ما سمحت له الاحوال بذلك : حكم كلى ٩ يونيو سنة ٩١٥ م ر ا ، ١٧ ص ٢٦ ، عياشى ص ١٧٥ ن ٧٩٣

فرنسى المتقدم ذكرهما ، بل يجب الرجوع فى تفسيرها الى المـادة ٢٢٣٢ فرنسى الخاصة بأعمال التسامح والتساهل . وهى التى مر ذكرها أيضاً [١] وهذا هو ما جرى عليه القضاء المصرى الاهلى عند ما قضى بعـدم جواز تملك حق المرور بالتقادم اذا اعتـبر المرور نتيجة تسامح من قبل مالك الارض محل المرور [٢] أما القضاء المختلط فانه لا يقول بالتقادم فى المرور لان المرور فى نظره متقطع ، والتقطع أو عدم الاستمرار حائل دون التملك . انما أجاز تملك المرور بالتقادم اذا لم يكن هناك سبيل للوصول للطريق العام الا هذا الطريق الذى حصل فيه المرور [٣] ولما كان التقطع فى المرور حائلا فى نظر المختلط دون التقادم بوجه عام فهو لا يقبل تملك المرور بالتقادم حتى ولو دلت عليه أعمـال نمت على وجوده وعلى الخطر المحدق بصاحب العقار المرتفق به من جراء استمرار الاستعمال . فاذا فتح صاحب العقار المرتفق بابا بملكه على ملك جاره وكان يدخل ويخرج منه الى ملك الجار ، فلايرى القضاء المختلط مع هذه الامارات المادية القائمة جواز تملك المرور بالتقادم وهى أحكام لا يمكننا الانتصار لها أمام ما بيناه من الاسـباب التاريخية القانونية للمواد ٦٩٠ و ٦٩١ و ٢٢٣٢ فرنسى باعتبار ان هذه المواد تقرر أصولا عامة يؤخذ بها بالقانون المصرى [٤] وعلى ذلك نرى انه كلمـا توافر فى الارتفـاق شرط الظهور وشرط عدم التقطع جاز التقادم فى هذا الارتفاق . والحق يعتبر تارة ظاهراً وتارة خفياً . فيعتبر ظاهراً اذا حصـل فى طريق بأرض العقار المرتفق به ودلت عليه

---

(١) كابتان ص ٨٨٠.

(٢) منيا القمح ٢٩ مارس سنة ٩١٦ م ر ١ ، ١٧ ص عدد ١٠٣ وراجع أسباب الحكم على الاخص لان ملخصه المكتوب بالمجلة لا يتفق مع حقيقة الاسباب

(٣) استئناف م ٧ فبراير سنة ٩٠٧ م ت ق، ١٩ ، ١٠٩ وهو حكم مكتوب باللغة الايطالية

(٤) استئناف م ٢٨ مايو سـنة ١٨٩٦ م ت ق ، ٨ ، ٣٠٠ ( راجع أيضاً م ت ق ، ٨ ، ٣٠٠ . — م ر ١ ، ٢٠ ص ١٩٩ . — و ٢٨ ص ١٠٣ . — و ٧ ص ٨٦ عدد ٤٠ . — م ت ق ، ٢٨ ، ٣٠١ . — و ٢١ ، ١٩٩ . — و ٢٨ ، ١٠٣ . — م ر ١ ، ١٧ ص ١٧٥ عدد ١٠٣ . — و ٨ ص ٢٤٤ )

أمارات ظاهرة . وخفياً اذا حصل فى وسط المزارع دون ان يترك أثراً ينم عليه [١]
ولذا نستطيع القول بتملك حق المرور بالتقادم اذا توافر فيه شرط الظهور
وعدم التقطع ، وهما الشرطان اللازمان للتقادم فى حقوق الارتفاق [٢] ولا يصح
التقادم فى حق الارتفاق المستمر غير الظاهر ولا فى حق الارتفاق غير المستمر
سواء كان ظاهراً أم غير ظاهر اذ العبرة فى تقادم حق الارتفاق بالاستمرار أو
عدم الاستمرار . فاذا لم يثبت الاستمرار فلا محل وقتئذ للبحث فيما اذا كان ظاهراً
أو غير ظاهر [٣] واذا ثبت الاستمرار فلا بد أيضاً من أمارات وأعمال خارجية
تدل عليه ، سواء كانت هذه المظاهر الخارجية بالعقار المرتفق به كما فى حق المرور ،
أو فى نفس العقار المرتفق كحق المطل [٤]

هذا وبالنسبة للارتفاقات المتقطعة لا بد من ابداء ملاحظتين هامتين :

**٣٥٥ — الملاحظة الاولى** : يحصل أن تكون هناك حقوق هى غير
الارتفاقات المتقطعة وتعتبر فى حكم اعمال التسامح . مثلا يتفق مالك لمنزل مع
جاره صاحب الارض الخالية عن البناء على أن يفتح عليه مطلا على بعد أقل من
متر واحد على سبيل التسامح منه . بحيث يجوز لمالك الارض فى أى وقت يريد
الزام مالك المنزل بسد المطل . فاذا حصل ذلك يجب مع كل هذا أن يفترض دائما
أن صاحب المطل انما فتح المطل دون سبق اتفاق على فتحه، وانه قد تملكه بالتقادم
باعتبار أنه أراد التملك فعلا [٥] . انما يجوز اقامة الدليل العكسى من جانب صاحب
الارض . وهذا هو المستفاد ضمناً من المادة ٢٢٣٠ مدنى فرنسى باعتبارها تقرر
قاعدة عامة اذ تقول « انه من المفروض دائما أن الانسان انما يضع يده لنفسه
خاصة وباعتباره مالكا الا اذا قام الدليل على انه انما بدأ وضع يده لاجل الغير » .
وعلى ذلك يجوز لصاحب الارض أن يقيم الدليل وقت الحاجة على أن النافذة انما
حصلت من طريق تسامحه هو مع جاره

(١) دى هلس ج ٤ ص٢٠٢ ن ٣٤ (٢) دى هلس ن ٣٥
(٣) دى هلس ن ٣٥ (٤) دى هلس ن ٣٥ (٥) Animus possidendi

وعلى العكس من ذلك اذا كانت الاعمال تنم عن ارتفاق متقطع صحيح كحق المرور بأرض الغير وحق الشرب من مسقاته ، فانه من الواجب أن يفترض فى هذه الحالة أن هذه الاعمال هى أعمال تسامح . ولكن يجوز قبول الدليل العكسى اما بتقديم سند دال عليه أو باقامة الدليل بوجه عام وبجميع الادلة القانونية المقررة فى الاثبات بما يفيد أن حق الارتفاق المقول به وهو حق الارتفاق المتقطع ، حق اكتسبه واضع اليد بالمدة الطويلة . كأن يقيم الدليل مثلا على أن المرور كان حاصلا بالطريق وانه نظم الطريق على حسابه وصار يصرف عليه من وقت لآخر على سبيل العناية به كرصفه أو وضع أشجار به أو انارته بنور من عنده والى غير ذلك من الاعمال المشخصة للطريق تشخيصاً ظاهراً مما يجعله مضافاً الى ملك المار ، ومما يجعل المالك الاصلى للطريق فى حالة حذر لما يجريه أمامه وعلى مرأى من جاره المنتفع . فاذا سكت المالك الاصلى للطريق على تلك الحال فلا يصح اعتبار سكوته تسامحاً أو تساهلا ، انما هو اهمال منه فى المطالبة بحقه وتراخ فى منع الغير من الاعتداء

٣٥٦ — **الملاحظة الثانية** : هناك بعض الحقوق ، كحق المرور وحق الشرب من المسقاة وحق أخذ المياه من البئر وحق أخذ الاحجار ، يصح ان ينتفع بها تبعاً للظروف كأنها حقوق ارتفاق متقطعة ومقررة على عقار الغير ، أو كأنها ملك لمن ينتفع بها . ويقع ذلك مثلا فى استعمال حرم المنزل أو ساحة المنزل أو الطريق الضيق الموصل للمنزل ، اذا كان استعمال الحرم والساحة والطريق منصرفاً الى خدمة منزلين متجاورين . ويجوز هنا أن يكون المالكان للمنزلين مالكين أيضاً لاداة الاستعمال هذه ، الحرم وغيره ، أو يكون احدهما مالكا لها وحده وأن يكون للغير حق ارتفاق عليها . أما الملكية فى ذاتها فانه من الممكن تملكها بالتقادم بخلاف الارتفاقات المتقطعة فانها لا تقبل ذلك . ولذا يقع فى مثل هذه الحالة أن صاحب الشأن والمصلحة لا يقول بتملكه لاداة الاستعمال المتقدمة باعتبارها حق ارتفاق ، بل يدعى تملكه لها بقدر حاجته تملكا منصباً على حق الملكية بالذات حتى لا يقع فى محظور تملك الارتفاق المتقطع . أى يدعى ملكيته للجزء المجاور

لبيته والذى يستخدم عادة لخدمة هذا البيت [١] فاذا فرض وادعى صاحب المصلحة ملكيته لهذا الجزء اللازم لخدمة بيته دون أن يقدم سنداً يؤيد ادعاءه وجب على المحكمة وقتئذ أن تدرس ظروف الحال ورؤية المنزلين وما هما عليه من درجة الانتفاع باداة الاستعمال المتقدمة ، ومبلغ ما أجراه مدعى الملكية من الاعمال على هذه الاداة ، وما اتخذه كل جار مع الآخر من حيث الصرف معاً على صيانة الطريق او الحرم . ويجب الاستعانة أيضاً تنويراً للنزاع بالاعمال القديمة التى كان يجريها كل منهما على الطريق مثلا . واذا ما انتهت المحكمة من هذه الابحاث والالمام بما حف النزاع من ظروف حاضرة وماضية وتبين لها أن النزاع قائم على الملكية بالذات قضت بها لمن ادعاها بسبب التقادم ان ايدته الادلة والقرائن والا رفضت دعواه . واذا تبين أن النزاع مقصور فى الحقيقة على حق ارتفاق متقطع وان تملكه بالتقادم مستحيل تحتم رفض الدعوى [٢]

**٣٥٧ – ٢) الارتفاقات غير الظاهرة أى المستترة :** يرجع السبب فى عدم جواز تملك الارتفاقات المستترة بالتقادم الى ان وضع اليد فيها حاصل فى الخفاء ، والخفاء عيب يشوب وضع اليد ويجعله غير مفيد أو غير منتج قانوناً كما يستفاد ذلك من المادة ٧٩/١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى . ومثال ذلك وضع مواسير تحت الارض أو احداث مجار تحت الارض مبنية لتصريف المياه ولا يوجد فوق الارض ما ينم على وجودها . وهذا النوع هو من الارتفاقات الايجابية[٣]. وأما أغلب الارتفاقات المستترة فهى من نوع الارتفاقات السلبية[٤]. ويراد بالارتفاق السلبى امتناع الغير عن القيام بعمل معين، كهدم البناء ، أو عدم احداث مطلات[٥]. ولقد رأينا أن لا شأن للخفاء أو العلانية بهذا النوع من الارتفاق المستتر السلبى.

---

(١) د ، ٨٤ ، ١ ، ١٢٨ . — س ، ٨٤ ، ١ ، ٣٢٠

(٢) س ، ٩٠٠ ، ١ ، ٢١٥ . — د ، ٩٠١ ، ١ ، ٢٩٤ . — س ، ٩٠٢ ، ١ ، ٥٠٣ كابتان ص ٨٨٩

(٣) Servitudes positives

(٤) Serv.négatives

(٥) Servitude de prospect ( د ، ٩١ ، ٢ ، ٦٩ )

ذلك لان هذه الحقوق الارتفاقية لا تنصرف الى أن يقوم صاحبها باجراء أعمال مادية معينة على ملك الغير ، بل هى عبارة عن امتناع الغير عن القيام بما يخالف الحظر المقرر عليه . أى ان هذه الارتفاقات لايدل على وجودها عمل مادى قائم ، انما يدل على وجودها عدم القيام بأعمال مادية تدل على ما ينقضها لوجود الارتفاق المستتر السلبي . وعلى ذلك يرى أن السبب الصحيح فى عدم جواز تملك الارتفاقات المستترة السلبية انما يرجع فى الحقيقة الى الاخذ بالمادة ٢٢٣٢ وحكمها عام كما رأينا ، وهى القائلة بأن اعمال التسامح والتساهل لا تبيح مطلقاً حق وضع اليد المملك بمضى المدة . واذا قام صاحب العقار المحمل بالحظر القانونى الخاص بعدم البناء وعدم احداث مطل ، وأحدث بناء أو مطلا وخالف بذلك ما حظر عليه ، وظل منتفعاً طول المدة وهى ١٥ سنة فلا يجوز له الادعاء بأنه اكتسب حق البناء والمطل على الجار بمضى المدة المكسبة للحقوق العينية ، أو بعبارة أخرى لايجوز له الادعاء بزوال الحظر القانونى عنه بمضى المدة باعتبار أن مخالفته للحظر ظلت ١٥ سنة : لا يجوز له ذلك لان قيامه بأعمال مخالفة للحظر القانونى المقرر عليه انما هو آت من قبيل تساهل الجار له فى احداث المطلات [1] حيث ان الجار لم يشعر باضرار ما طالما أن أرضه خالية البناء . على أنه لا يفوتنا القول هنا بأن المسئلة أيضاً مسئلة موضوعية ترجع فى تكييفها تكييفاً صحيحاً الى ظروف النزاع وما اكتنفه من شؤون شتى . لان هذا الارتفاق المستتر السلبي يصبح مع ظروف خاصة ارتفاقاً ظاهراً مع بقائه سلبياً وذلك معقود بزوال فكرة التساهل والتسامح عند الجار (وهنا يصح لنا ان نلاحظ بأن التناقض الظاهرى بين احكام المحاكم المصرية فيما يتعلق بالاستتار والتقطع فى حقوق الارتفاق انما يرجع لما يحيط النزاع من الظروف الخاصة . فاذا ظهر بأن حق الارتفاق كالمرور كما بيناه فى مكانه ، أو فتح شباك على الجار [2] قد حصل وظل قائماً من طريق تسامح الجار، فلا تملك بالتقادم .

(١) كابتان ص ٨٩٠

(٢) فيما يتعلق بالشباك أنظر استئناف م ٢١ مايو سنة ١٨٨٩ م ت ق ١ ، ٧٥ والتعليق على الحكم اذا أجاز الحكم تملك حق الارتفاق هذا بالتقادم باعتباره مستمراً وظاهراً

وأما اذا تبين العكس بالمظاهر والامارات التى اشرنا اليها بما لا يتفق مطلقاً مع التسامح من جانب الجار صح التملك بالتقادم

## § ٢ — الشرط الثانى : فى زمن التقادم
## وحساب هذا الزمن

**٣٥٨** — حساب الزمن [١] فى التقادم يرجع لقواعد قررها القانون وجرى عليها العمل وهى :

١ ) لا تحتسب مدة التقادم بالساعة ( المادة ٢٢٦٠ مدنى فرنسى وحكمها عام ) . ولا تحتسب كسور اليوم . وعلى ذلك فلا يحسب أول يوم من أيام وضع اليد [٢] أى لا يدخل ضمن مدة التقادم

٢ ) تتم مدة التقادم بآخر يوم لوضع اليد . أى ان هذا اليوم [٣] يحتسب ضمن المدة ( المادة ٢٢٦١ مدنى فرنسى وحكمها عام )

٣ ) أيام الاعياد [٤] تحتسب ضمن مدة التقادم أى هى وايام العمل سواء [٥]

**٣٥٩ — فى كيفية احتساب المدة** : يتعامل الناس فى مصر بالتاريخ الهجرى والتاريخ الميلادى والقبطى . ويغلب الاخير فى المعاملات الزراعية، والثانى فى غير ذلك من المعاملات التجارية والمدنية . وأما الاول فالعمل به نادر

واذا اختلفت التواريخ كما نرى فما هو اذن التاريخ الذى رجع اليه حينئذ الشارع المصرى فى احتساب مدة التقادم مكسبا كان أو مسقطاً ؟ لم يقرر الشارع قاعدة عامة يؤخذ بها فى جميع الاحوال . الا أنه قرر بالمادة ٢١١/ ٢٧٥ مدنى بأنه يرجع الى السنة الهلالية [٦] فى احتساب المرتبات والفوائد والمعاشات والاجر وكل ما يستحق دفعه سنوياً أو أقل من سنة . وربما يتبادر الى الذهن بأن

---

(١) Computation des délais
(٢) Dies a quo
(٣) Dies ad quem
(٤) Jours fériés
(٥) Jours ouvrables
(٦) Calendrier arabe

الافصاح فى هذه الحالة فقط عن الاخذ بالسنة الهلالية يستفاد منه انه فى الاحوال الاخرى يؤخذ بالتاريخ الميلادى أو غيره . ولكن هذا غير صحيح على الاغلب [1] ولا عبرة بما يقال فيه بأن الشارع أشار الى الاخذ بالتاريخ الميلادى بالمادة ٢٠٩ / ٢٧٣ مدنى فى أن المبالغ المستحقة للمحامين والاطباء تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً وكذلك بالمادة ٢١٠ / ٢٧٤ مدنى حيث قرر بأن المبالغ المستحقة لكتبة المحاكم والمحضرين تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً ، أى السنة التى اتبعها الشارع الفرنسى . ولكن هذه المدة لاهى بالحساب الميلادى ولا بالحساب الهجرى ( ويلاحظ أنه ورد بالنسخة الفرنسية المصرية عبارة « الحساب الهجرى » بصيغة الجمع [2] وهذا يوهم بأن هناك حساباً عربياً آخر غيرا لحساب الهجرى ، وهذا غير صحيح أيضاً ) [3].

واذا كان الشارع قرر الاخذ بالحساب الهلالى فى مضى المدة بالخمس سنوات ، أى فى التقادم الخمسى ، فهو من باب أولى يعتمد عليها فى حساب التقادم بمضى ١٥ سنة [4] والقضاء المصرى يجرى كما رأينا على الأخذ بالحساب الهجرى فى كل موطن من مواطن المدد سواء فى القانون المدنى أو فى المرافعات أو فى غيرهما [5]

وقد نص قانون تحقيق الجنايات على التاريخ الهجرى فيما يتعلق بسقوط العقوبة ( المادة ٢٧٦ / ٢٨٦ )

**٣٦٠ — فى ضم المدد فى وضع اليد :** يجوز لواضع اليد أن يعتمد فى حساب

---

(١) دى هلس ج ٣ ص ٣٣١ ن ٦٨ (٢) Les calendriers arabes

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٣٢٢ ن ٦٨

(٤) استئناف م ٧ يونيو سنة ٩١٧ م ت ق ، ٢٩ ، ٤٩٠

(٥) م ت ق ، ٦ ، ٩١ . — م ر ١ ، ١٢ ص ٩٩ فيما يتعلق باحتساب مدة ستة الاشهر الخاصة بسقوط الاحكام الغيابية — . مجلة القضاء ، ٥ ص ١٥٤ . — م ر ١ ، ١٢ ص ١٣٢ فيما يتعلق بسن أولاد من يتوفون من الموظفين وهم على قانون معاشات الخديوى اسماعيل. أنظر عكس ذلك استئناف ١٥ مارس سنة ٩١٠ م ر ١ ، ١١ ص ٢٢٧ حيث قضى بأنه مادام أن الشارع لم يبين بقانون العقوبات المختلط نوع الحساب ان كان ميلاديا أو هجريا فلا تعويض عن مضى مدة عقوبته على الحساب الميلادى دون الهجرى . — أنظر فيما كتبه تيستو Testoud ناظر مدرسة الحقوق الملكية سابقاً ، ونشره بعد وفاته R. Maunier بمجلة L'Egypt contemporaine بالمجلد ٧ سنة ٩١٦ ص ٣١٥ — ٣٢٣ — هذا ونلاحظ أن قانون المجالس الحسبية الذى صدر اخيرا فى ١٣ أكتوبر سنة ٩٢٥ والمنشور بالوقائع المصرية فى ٢ نوفمبر سنة ٩٢٥ قرر حساب سن الاهلية بالحساب الميلادى ( المادة ٢٩ منه )

مدة وضع يده المدة التى وضع فيهايده من نقل اليه وضع اليد ، أى يضم الى مدة وضع يده مدة من سبقه وملكه [١] . وفى ذلك تقول المـادة ١٠٣/٧٧ مدنى و٢٢٣٥ فرنسى ما يأتى : « يجوز لواضع يده على العقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده من انتقل منه اليه » . وذلك مهما كان نوع انتقال اليد سواء كان الانتقال عاماً [٢] كالوارث أو خاصاً [٣] كالمشـترى ، أى بمقابل [٤] أو بلا مقابل [٥] . والسبب فى تقرير هذه القاعدة أن الاشياء لا تستقر دائما فى يد واحدة بل هى تنتقل من يد الى أخرى فى مجال المعاملات ، أو لسـبب الوفاة . أما اذا كانت القاعدة على عكس ما تقدم وتقرر أن يكون لـكل واضع يد مدة معينة ومكسبة له خاصة لترتب على ذلك ندور اكتساب الملـكية بوضع اليد . والغرض الاول للشارع من تقرير قاعدة الضم هو تثبيت يد المالك الحاضر على ملكه حتى تتأيد بذلك أيضاً جميع الحقوق التى تتقرر عليها للغير

واذا جاز الضم فى مدد التقادم فمتى يعتبر أن هناك انتقالا فى اليد [٦] أو توارثاً فيها [٧] حتى يصح هذا الضم ، ومتى يقال بأن هناك مملـكا [٨] وخلفا [٩] ؟ فهل يصح الضم اذا قيل بالانتقال الارادى [١٠] بفعل العقد وأثر الوصية ، وبالانتقال القانونى [١١] بفعل الارث بلاوصية [١٢] ، كما تشير بذلك المادة الفرنسية ٢٢٣٥ ، أم أنه يجب التعميم فى الانتقال وانه يجوز الضم مهما كان سبب الانتقال فى الشىء من اليد السابقة الى اليد اللاحقة ، حتى ولو كان الانتقال عرضياً فجائياً بين جملة حائزين لشىء واحد ؟ نلاحظ أن القانون المصرى لم يشر بالمادة ١٠٣/٧٧ المذكورة الى نوع الانتقال العام أو الخاص الذى أشارت اليه المادة الفرنسية ٢٢٣٥ كما ذكرنا ولـكن مع عدم الاشارة الى التخصيص ، واطلاق القول بما يفيد التعميم فان هناك بيانا لا بد منه

---

(١) Jonction ou accession des possessions

(٢) à titre universel

(٣) à titre particulier

(٤) à titre onéreux

(٥) à titre lucratif

(٦) Transmission

(٧) Succession

(٨) Auteur

(٩) Ayant cause

(١٠) Volontaire

(١١) Légale

(١٢) Succession ab intestat

١ — ولنبدأ أولا بحالة لامحل للشك فيها وهى . اذا فرض واغتصب زيد شيئاً مملوكا للغير ثم جاءه بكر واغتصبه منه هو الآخر . فهل يجوز ، اذا جاء المالك الحقيقى وطلب تثبيت ملكيته للشىء أن يدفع بكر الغاصب الثانى الدعوى قبله بوضع اليد باحتساب مدته مضمومة الى مدة زيد الغاصب الاول ؟ طبعا لا . والسبب فى ذلك أنه لا توجد رابطة قانونية ما يرتبط بها زيد مع بكر

٢ — واذا فرض بأن واضع اليد الحاضر قد وضع يده عقب وضع يد شخص سابق عليه ، ثم أخذ الحاضر حكماً على السابق بامتلاكه للشىء فى دعوى تثبيت ملكية نظرت بين الطرفين . وكانت الحقيقة أنه لا يملك واحد منهما الشىء المتنازع عليه ، انما يملكه شخص ثالث . ثم جاء الشخص الثالث ورفع هو الآخر دعوى تثبيت ملكيته للشىء ضد من حكم له . فهل يجوز لمن سبق الحكم له هذا أن يدفع دعوى المالك الحقيقى بالتملك بمضى المدة ، والاستعانة فى ذلك بمدة وضع يده هو ، ومدة وضع يد الشخص السابق عليه المحكوم ضده ؟ اننا لو نظرنا الى علاقة المحكوم له بالملكية بخصمه الاول المحكوم ضده فلا نجد بين الاثنين رابطة قانونية بحيث يصح معها ربط المدتين وضمهما الى بعضهما . بل على العكس من ذلك فانا نلاحظ أن الحق المحكوم به لمن حكم له ينتفى تمام الانتفاء مع ما قيل من الحق لمن حكم ضده . أى أن الصلة بين الاثنين متقطعة . وكلاهما أجنبى عن الآخر . لان فى الحكم لمن قضى له معنى زوال كل حق لمن قضى عليه . فكيف مع هذا يستند الحقان الى بعضهما البعض . على أن فى الحكم بالحق لواحد منهما تأييدا للحق لديه ، ونفيا للحق لدى خصمه . وعلى ذلك فلا يعتبر واضع اليد الثانى ، وهو المستغل للشىء المحكوم له به ، خلفاً لواضع اليد الاول . ولكن الرومان وهم يعملون تحت سلطان تأثير العقد القضائى[1] ، وهو العقد الذى يقع بمجرد تقاضى المتخاصمين أمام القضاء ، يقررون جواز الضم فى هذه الحالة . على اننا لا نستطيع بحال أن نقول اليوم بما قاله الرومان بالأمس . وذلك لأن واضع اليد

